



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Irapuã Santana do Nascimento da Silva

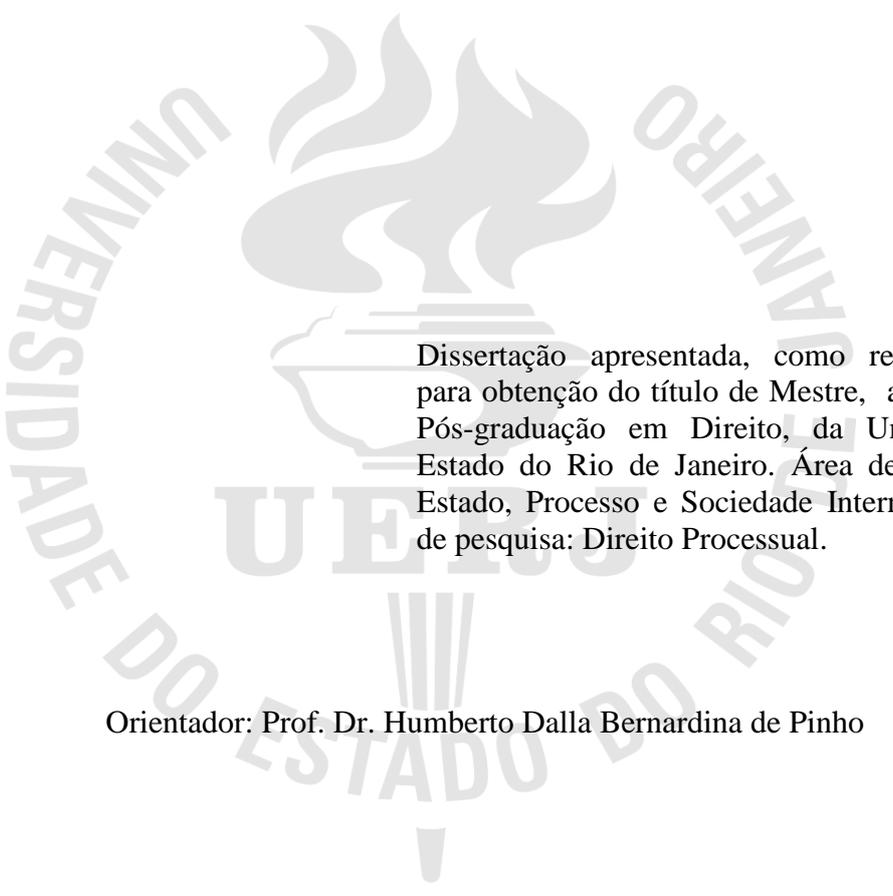
**O princípio da igualdade como pressuposto de validade da mediação para  
uma tutela jurisdicional efetiva**

Rio de Janeiro

2015

Irapuã Santana do Nascimento da Silva

**O princípio da igualdade como pressuposto de validade da mediação para  
uma tutela jurisdicional efetiva**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586

Silva, Irapuã Santana do Nascimento da.

O princípio da igualdade como pressuposto de validade da mediação para uma tutela jurisdicional efetiva / Irapuã Santana do Nascimento da Silva. - 2015.

104 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Mediação - Teses. 2. Processos - Teses. 3. Igualdade - Teses. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Irapuã Santana do Nascimento da Silva

**O princípio da igualdade como pressuposto de validade da mediação para  
uma tutela jurisdicional efetiva**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 24 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Ministro Luiz Fux  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Profa. Dra. Teresa Arruda Wambier  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2015

## DEDICATÓRIA

A Deus.

Aos meus pais, José e Mirna, que não medem esforços para fazer de mim um homem de caráter. Grandes espelhos.

À espiritualidade, de onde extraio toda energia para seguir em frente.

## AGRADECIMENTOS

Como já dito anteriormente, dedico esta dissertação primeiramente a Deus, sempre presente em minha vida, desde os menores acontecimentos até os maiores. Para onde recorro a todo instante, seja para agradecer, seja para pedir forças.

Neste momento, com Sua intervenção – com certeza – entram meus pais, que sempre se esforçaram ao máximo para me oferecer a melhor educação para que eu pudesse portar um diploma. A graduação foi minha obrigação com vocês, o mestrado é meu presente, pois sei o orgulho que sentem quando falam para a família, vizinhos e amigos que têm um filho que é professor com um papel na parede dando essa autorização. Sem esses dois nada seria possível. Discussões e conselhos, carinho e amor são matéria-prima para construir uma pessoa de bem. Eles me dão força, calma e suporte para permanecer lutando.

Consciente disso, eu não deixo de pensar neles em cada ação realizada para que eles possam se orgulhar do filho que criaram.

A espiritualidade vem como instrumento de Deus para nos ajudar a passar por todas as etapas de crescimento aqui na Terra. Não poderia deixar de mencioná-la nesta etapa assaz importante de minha vida.

Devo agradecer a muitos amigos que nessa caminhada me ajudaram e torceram demais por mim. Não citarei nominalmente cada um, sob a grande possibilidade de realizar injustiças.

Academicamente falando, não tenho palavras para expressar minha gratidão para com meu orientador Humberto Dalla, que se tornou um amigo caríssimo e sempre disponível a me ajudar no que eu precisasse. Também não poderia deixar de agradecer ao meu querido chefe, mentor e ídolo dentro do Direito e da vida, ministro Luiz Fux, sem dúvida alguma, um modelo que ajuda muito em meu crescimento profissional e como ser humano. Outra pessoa a quem eu rendo minhas homenagens é a professora Teresa, sempre simpática e disponível para mim, mas, acima de tudo, extremamente paciente. Os três membros da minha banca são pessoas e profissionais de primeira grandeza, que me inspiram sobremaneira a investir e prosseguir na carreira acadêmica.

E para honrar a todas as pessoas, sigo em frente e venço mais uma etapa da minha vida. Este trabalho é para todos!

IRAPUÃ SANTANA DO NASCIMENTO DA SILVA

## RESUMO

SILVA, I. S. N. *O princípio da igualdade como pressuposto de validade da mediação para uma tutela jurisdicional efetiva*. 2016. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito: Estado, Processo e Sociedade Internacional) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Para que seja celebrado um acordo justo, é imprescindível a existência de paridade de armas. Se não existir a igualdade material, mister se faz assegurá-la na sua perspectiva processual: cabe ao juiz equilibrar a relação jurídica *in concreto*, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade. Desta maneira, o proposto é, preliminarmente, realizar uma análise teórica dos fatores mais relevantes que influenciam a negociação na mediação para então estudá-la em sua natureza e pressupostos até o ponto de se ter condições suficientes de analisar dados práticos para confrontar com os seus respectivos corolários. O cerne da presente pesquisa é realizar uma tentativa de assentar a preocupação com a forma pela qual a mediação se perfaz na prática, no concernente ao princípio da igualdade especificamente. Destarte, a proposta de dissertação perpassa pelo seu objetivo de levantar a imprescindibilidade da aplicação concreta e eficaz do princípio da igualdade na mediação para que ela possa ser entendida pelo ordenamento jurídico como válida, atraindo a atenção para diversos aspectos que fundamentam o entendimento adotado como premissa.

Palavras-chave: Mediação. Vontade. Política. Processo. Audiência. Acordo. Conciliação.

Igualdade.

## ABSTRACT

SILVA, I. S. N. *The equality as mediation validity requirement for an effective jurisdiction*. 2016, 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito: Estado, Processo e Sociedade Internacional) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

To celebrate a fair agreement, is essential to the existence of equality. if there is a material equality, it should make effective in its procedural perspective: the judge have to equalize the legal relationship in concrete, under the violation of the principle of impartiality. In this way, the proposed and preliminarily to make a theoretical analysis of the most significant factors that influence trading in mediation to then studies it in its nature and assumptions to the point have sufficient conditions to analyze practical data paragraph confront its their corollaries. The main point of the present work is an attempt is see the way mediation is makes up in practice, in reference of equality specifically. Thus the dissertation proposal is expose the indispensability of concrete application and effective of equality principle in mediation.

Keywords: Mediation. Politics. Process. Settlement. Equality.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
1	<b>DIREITO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE</b> .....	15
1.1	<b>O que é política?</b> .....	15
1.2	<b>O que é Direito?</b> .....	17
1.3	<b>Direito e política nos Poderes</b> .....	18
1.3.1	<u>Direito e política no Executivo</u> .....	18
1.3.2	<u>Direito e política no Legislativo</u> .....	20
1.3.3	<u>Direito e política no Judiciário</u> .....	20
1.3.4	<u>Direito e política na harmonia entre os Poderes</u> .....	22
1.4	<b>Política de mediação</b> .....	28
2	<b>A MEDIAÇÃO NO CURSO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL</b> .....	33
2.1	<b>A autonomia do Direito Processual</b> .....	33
2.2	<b>Formalismo</b> .....	34
2.3	<b>Efetividade</b> .....	37
2.4	<b>Segurança</b> .....	42
2.5	<b>Eficiência</b> .....	44
2.6	<b>As ondas renovatórias</b> .....	45
3	<b>MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE, OBSTÁCULOS, REQUISITOS</b> .....	51
3.1	<b>Aplicabilidade</b> .....	54
3.2	<b>Obstáculos</b> .....	58
4	<b>REALIDADE NORMATIVA DA MEDIAÇÃO</b> .....	64
4.1	<b>O CPC de 1973 x NCPC-2015: a mudança foi para melhor?</b> .....	64
4.2	<b>Mediação no novo CPC</b> .....	67
4.3	<b>Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010</b> .....	76
4.4	<b>A nova Lei de Mediação</b> .....	77
5	<b>A MEDIAÇÃO NO MUNDO CONCRETO</b> .....	83
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	90
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	92

## INTRODUÇÃO

Em tempos de reforma processual, muito se discute sobre a melhor forma de se otimizar a atuação do poder jurisdicional de maneira a propiciar à população um serviço satisfatório do ponto de vista da tutela adequada e efetiva num decurso de tempo razoável dos anseios da sociedade.

A professora Ada Pellegrini Grinover, em palestra sobre controle judicial das políticas públicas, propõe um novo alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>1</sup> ao expor a necessidade de que o acesso à Justiça deve ser de uma tutela adequada, imbricando diretamente com o princípio da efetividade e devido processo legal<sup>2</sup>.

Nesse sentido, cabe ressaltar o ensinamento do eminente professor Dinamarco quando afirma que a jurisdição é um poder, uma função e uma atividade ao mesmo tempo. O primeiro aspecto apontado pelo autor é o poder de decidir imperativamente e impor estas decisões aos jurisdicionados dos casos levados até ele para seu julgamento. O segundo ponto é a função de promover a pacificação dos conflitos por meio do processo. Por último, resta a atividade, pois ocorre um complexo de atos promovidos pelo juiz no processo<sup>3</sup>.

Sob a perspectiva da pacificação social, mesmo não sendo a última finalidade do processo, mas um dos escopos do Estado, no sentido de atender às necessidades de seu povo, é preciso disponibilizar amplo acesso aos meios de resolução de eventuais conflitos que possam surgir, concretizando assim, o princípio do amplo acesso à justiça.

Um trabalho clássico sobre o tema é do eminente processualista Mauro Cappelletti, o qual propôs ondas renovatórias a fim de se alargar a incidência do princípio, que é também previsto constitucionalmente no ordenamento nacional<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>2</sup> GRINOVER, A. P. *Palestra realizada no Seminário sobre Controle Judicial de Políticas Públicas*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

<sup>3</sup> CINTRA, A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, RT, 2005.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, M.. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, 1988.

Hoje não resta a menor dúvida de que a mediação se insere num contexto de auxílio à resolução de conflitos, sendo aceito por grande parte da doutrina e jurisprudência como uma forma de jurisdição.

Entretanto, além de prever as formas como a jurisdição será prestada, é preciso se preocupar com os meios pelos quais estas diversas formas de jurisdição serão efetivadas.

No âmbito específico da mediação, esta questão não pode ser deixada de lado. Sendo certo que deve sempre ser objetivada, até mesmo para fins de redução do tempo que se leva para a resolução de um conflito. Porém, há certos critérios para sua execução, tanto de forma efetiva, quanto de forma legítima.

A mediação visa a estabelecer um diálogo com as partes e entre as partes, saindo do modelo adversarial de maneira a possibilitar um desfecho que seja minimamente razoável e efetivo para quem detém o direito e para quem deva realizar a respectiva prestação.

Assim, cabe trazer a reflexão do professor Owen Fiss que aponta uma característica muito interessante sobre a efetividade da mediação, que influencia de melhor maneira e deve ser vivamente incentivada em relações jurídicas de ordem continuada.

Nessa esteira, destaco que a imposição de uma decisão, por certo, irá dizer o direito pertinente, mas a resolução do conflito, mesmo que imediatamente, não ocorrerá necessariamente, pois as partes podem simplesmente não concordar com a solução internalizada na relação pelo Estado. É por este motivo que o juiz deve se preocupar com os efeitos que sua decisão cria. Nesta esteira, revela-se que a adjudicação imporá, por muitas vezes, a existência de uma zona de tensão na relação jurídica, o que é absolutamente nocivo à sua continuidade<sup>5</sup>.

Por este motivo, uma solução que emane das próprias partes diretamente interessadas na relação jurídica que foi levada a juízo, é muito mais benéfica, visto que ambas, *prima facie*, sairiam satisfeitas do litígio.

Mister se faz abrir um parêntese diante da desnecessidade de estabelecer diferença semântica entre os institutos da conciliação e da mediação por dois motivos: (i) não há unanimidade sobre suas definições, chegando ao ponto de alguns autores nacionais tratá-los

---

<sup>5</sup> GRINOVER, A. P. *Palestra realizada no Seminário sobre Controle Judicial de Políticas Públicas*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

como sinônimos e porque (ii) o objeto do presente estudo busca a análise externa de ambos os institutos, sendo indiferente uma separação entre eles<sup>6</sup>.

Passada tal ressalva, oportuno afirmar que a mediação e a conciliação são grandes alternativas para a problemática da atividade judiciária que assola há muito tempo os ordenamentos jurídicos existentes pelo mundo no concernente à superlitigância e o emperramento da máquina judiciária.

Estes institutos necessitam de grande dinamismo, haja vista a realização de concessões, negociações, propostas e contrapropostas no processo de acordo, que somente serão possíveis com a existência da confiança tanto no órgão mediador quanto na parte contrária.

Assim, conclui-se que pela inexistência de negociação justa, sem que as partes estejam em razoáveis condições de igualdade. Caso não haja equilíbrio na relação jurídica, não haverá mediação, mas sim o uso da força pela parte que tiver mais condições para conseguir uma solução amplamente vantajosa no processo.

José Carlos Barbosa Moreira já alertava há muito tempo que a paridade de armas deve ser assegurada a qualquer custo no curso do processo. Dessa maneira, o uso *ex officio* de poderes de instrução pelo juiz não desequilibra a balança da justiça: ao contrário, pode concorrer, e com frequência concorre, para equilibrá-la<sup>7</sup>.

Recorde-se, nesta esteira, que o órgão judicial não deve ser indiferente ao resultado do processo. O juiz consciente de sua missão, que é fazer justiça, necessariamente quer vencedor o litigante que tem o melhor direito, não o que tem mais recursos ou o melhor advogado<sup>8</sup>.

Quando se pensa que a mediação surge como uma via alternativa ao processo judicial, torna-se imperioso aplicar os mesmos parâmetros de cuidado na efetivação e realização do instituto.

Entretanto, ainda são muito escassos os esforços envidados a fim de que sejam observados os princípios constitucionais processuais no âmbito da realização da mediação, que, conforme já exposto, deve ser feita no interesse das partes, de forma a haver maior efetividade da tutela do bem que foi objeto da pretensão, possibilitando o cumprimento da

---

<sup>6</sup> PIRES, A. A. *Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada*. In: Azevedo, André Goma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

<sup>7</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, in *Temas de Direito Processual*, 9. s., São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>8</sup> *Ibid.*

finalidade sociológica. Todavia, ao se inverter a ordem de prioridades, é gerada discrepância em todos os atos subsequentes.

Em outras palavras, ao se estabelecer uma política de incentivo à mediação para a satisfação tão somente do Poder Público, o instituto já está maculado desde sua origem, gerando, na maior parte das vezes, um prejuízo para o próprio jurisdicionado.

O princípio da celeridade não pode imprimir uma velocidade tal que literalmente atrole todos os outros princípios constitucionais. A celeridade não está, como se verá mais adiante, sequer em favor do autor, mas sim do cumprimento de metas estabelecidas pelos próprios tribunais.

O princípio da eficiência e da duração razoável do processo, tão em voga atualmente, são desvirtuados diariamente por interesse meramente político com o objetivo de demonstrar à população que o Poder Judiciário está trabalhando, proferindo milhões de decisões por ano.

O contraditório participativo, a oralidade, a razoabilidade e a motivação devem estar sempre presentes no processo. Esses princípios funcionam como garantias de ambas as partes da demanda. Com isso surge a indagação: com uma audiência marcada a cada cinco minutos, qual princípio garantidor do devido processo legal está presente nesses tipos de eventos?

Os demandantes não dialogam suficientemente, tampouco o mediador, que está preocupado com a próxima audiência e com o cumprimento da meta estabelecida para o dia, inexistindo, pois, um limite que garanta a efetivação desses princípios que resguardam o processo e dão legitimidade à atuação do Poder Judiciário.

Sendo assim, não havendo nenhum princípio constitucional incidindo em um ato processual, ele é passível de declaração de nulidade? Havendo decisão favorável ao autor da ação, persistiria interesse de agir em eventual ação anulatória por ele proposta? Quais os limites da instrumentalidade das formas?

Estas são apenas algumas dentre tantas questões a responder ou pelo menos indicadas como casos a se refletir de uma maneira minuciosa.

O presente trabalho surgiu de uma constatação fática na forma como as negociações são realizadas nos tribunais nacionais, especificamente nos juizados especiais cíveis das periferias de cidades dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, nos quais, em geral, não há qualquer preocupação com a formação de uma estrutura sólida na qual poderá se desenvolver uma negociação justa e paritária, que tenha o condão de conceder a tutela jurisdicional da forma devida.

Somado a esse aspecto, interessa ressaltar, também, que são extremamente escassos os estudos nacionais sobre o tema que mexem com a essência do instituto da mediação, porque

normalmente ele é estudado em sua concepção de acesso à justiça, como uma nova via auxiliar à adjudicação comum perpetrada pelo Estado-juiz.

No entanto, se por um lado existe a necessidade de desafogo do Poder Judiciário, por outro lado, é preciso pensar no jurisdicionado que precisa que sua situação jurídica retorne ao *status quo ante*.

Portanto, somente com o acesso à tutela jurisdicional no seu viés axiológico da efetividade é que haverá o real escoamento das ações judiciais, haja vista que os particulares obterão a satisfação de suas pretensões.

Em consonância, a lamentável escassez de vozes pleiteando tais condições de negociabilidade, hoje, com o Novo Código de Processo Civil e a Nova Lei de Mediação, já se levantam no intuito de diminuir esse grau de desequilíbrio, tornando oportuno, por conseguinte, um estudo com o objetivo de analisar as necessidades concretas e as possíveis respostas extraíveis de nosso ordenamento jurídico frente ao desamparo a partir de tantas influências exógenas no processo.

Resta lembrar a experiência exitosa de países estrangeiros que seguiram no caminho dessa concretização, como Estados Unidos, Espanha, e Inglaterra, na busca pela mediação como via de acesso à justiça e de efetividade da tutela.

Na tentativa de análise global do tema, é necessário entender a relação entre Direito e política, pois a tendência atual é do reconhecimento de uma íntima ligação entre ambos, ao contrário da tentativa de traçar uma separação estanque. Isso servirá de base para alcançar o sentido da influência na forma como a mediação é praticada hodiernamente no País.

Importante trazer as ideias dos escopos atuais da tutela jurisdicional que, através dos anos foram se colidindo e se sucedendo. Dessa maneira, concentrar esforços para expor as duas correntes norteadoras mais atuais do processo é de grande utilidade, visto que de um lado a posição que prima pela efetividade pretende dar aquilo que o jurisdicionado verdadeiramente busca, enquanto as vozes discordantes partem da constatação que tal prestação, num plano macro, é completamente utópica, e passa a perseguir um equilíbrio entre as reais possibilidades de o Estado prover, a partir de seus limitados recursos, de maneira horizontal, as tutelas a ele perquiridas diante da noção pacificada de que as necessidades dos particulares, seja no plano privado ou coletivo, são infinitas.

Criar e sustentar o instituto à luz de uma ou outra corrente é o desafio que trará uma ligação íntima com a exposição das suas principais características e de seus objetivos, desembocando no que se considera a espinha dorsal da mediação, que é o princípio da igualdade.

Diante desse aspecto que revela a preocupação concernente à desigualdade material, mister sair da teoria e observar dados empíricos da realidade prática dos tribunais no tocante à mediação dentro das condições de negociabilidade pelo Código de Processo Civil atual e as respectivas mudanças no Novo Código de Processo Civil, juntamente com a Nova Lei de Mediação, desembocando, por fim, na conclusão a partir da correlação concomitante de todos os fatores apresentados durante o trabalho para tentar seguir o curso e se chegar às possíveis consequências tanto da estreita observância quanto do completo desrespeito ao princípio informador que constitui núcleo duro da mediação: o princípio da igualdade.

# 1 DIREITO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE

## 1.1 O que é política?

“*O homem é um animal político*”<sup>9</sup>. Essa frase é apresentada a muitos alunos que estão dando os primeiros passos na faculdade de Direito. Isso se dá por uma necessidade ontológica que o ser humano tem de se unir ao seu semelhante. Assim, Aristóteles relata esse aspecto da natureza humana:

As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para perpetuação da espécie (isto não é resultado de uma escolha, mas nas criaturas humanas, tal como nos outros animais e nas plantas, há um impulso natural no sentido de querer deixar depois de indivíduo um outro ser da mesma espécie).<sup>10</sup>

Importante ressaltar que a noção de reunião de Aristóteles se refere a uma das espécies de animal denominada *politika* e, assim, verifica-se que a ideia dessa necessidade de convivência em conjunto vem desde a antiguidade, com seguidores de peso dessa corrente naturalista, como Cícero<sup>11</sup> e São Tomás de Aquino<sup>12</sup>.

Entretanto, a natureza, por si, não revela todo o desenho que leva o ser humano a reunir-se em grupo, porquanto também é necessária a existência de sua vontade. Daí o surgimento da teoria contratualista, imprescindível para essa reflexão.

Thomas Hobbes foi o precursor dessa linha de pensamento. Segundo o pensador, resumidamente, o homem vivia no chamado estado de natureza, período mais primitivo da história da humanidade, no qual inexistia qualquer regramento de convivência e o indivíduo

---

<sup>9</sup> Aristóteles. *Política*, I, 9. Disponível em: [https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!688&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!AJd\\_r\\_ERJQi8Z5A](https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!688&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!AJd_r_ERJQi8Z5A). Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>10</sup> *Ibid.*, I, 1252a e 1252b.

<sup>11</sup> CÍCERO, M. T. *Da República*. p. 14. O filósofo revela que “*a primeira causa de agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum*”. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf> Acesso em: 9 jun. 2015

<sup>12</sup> AQUINO, S. T. de. *Suma Teológica*. p. 854. O autor entendia que “*o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que evidencia pela natural necessidade*”. Disponível em: <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf> Acesso em : 12 jun. 2015.

se guia tão somente por sua vontade. Tendo em vista sua natureza egoísta, a força é a única régua que limita sua atuação, levando a uma vida solitária, curta e animalésca, em uma “guerra de todos contra todos”<sup>13</sup>.

Diante da evidente situação prejudicial em que se encontrava, utiliza sua racionalidade para celebrar um contrato social de forma e evitar que o estado de natureza se perpetue, abrindo mão de seu domínio total sobre tudo na medida em que todos façam o mesmo para propiciar uma vida pacífica, nascendo, pois, a vida em sociedade.

No entanto, necessário existir um poder que possa se fazer valer de meios para a manutenção desse acerto em sociedade. Assim surge o Estado. Esta figura idealizada pela teoria contratualista de Hobbes é onipotente e, através dos tempos, tal pensamento foi perdendo força com as teorias de John Locke<sup>14</sup> e Montesquieu<sup>15</sup>, os quais negavam a existência de uma guerra de todos contra todos.

Vale apontar, ainda, como destaques das teorias de formação da sociedade/Estado, a defendida por Rousseau, segundo o qual o homem é bom – diferentemente do pensamento de Hobbes –, assim para satisfazer suas necessidades e lidar com problemas maiores que a sua singularidade consiga resolver, ele se associa a outros indivíduos. A reflexão está explicitada na seguinte passagem:

Eu imagino os homens chegados a um ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado.

<sup>13</sup> HOBBS, T. *Leviatã*, Parte I, Cap. VIII. p. 47. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf) Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>14</sup> Em sua obra intitulada “Tratado sobre o Governo”, John Locke entende que, diante da liberdade do homem para dirigir suas ações e dispor de seus bens e da igualdade existente entre os homens, é preciso criar uma figura independente, acima do julgamento parcial de cada cidadão, a fim de garantir os direitos essenciais expressos no pacto social. Portanto, o Estado deve preservar o direito à liberdade e à propriedade privada. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo In: Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Cap. II.

<sup>15</sup> É possível observar o entendimento do pensador na seguinte passagem de sua obra clássica “O Espírito das Leis”. Livro I. Cap. II: “*Está claro que suas primeiras ideias não seriam especulativas: pensaria na conservação de seu ser, antes de buscar a origem deste ser. Tal homem sentiria no início apenas sua fraqueza; sua timidez seria extrema: e, se precisássemos sobre este caso de alguma experiência, foram encontrados nas florestas homens selvagens; tudo os faz tremer, tudo os faz fugir. Neste estado, todos se sentem inferiores; no limite, cada um se sente igual aos outros. Não se procuraria, então, atacar, e a paz seria a primeira lei natural. O desejo que Hobbes atribui em primeiro lugar aos homens de subjugarem-se uns aos outros não é razoável*”. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf) Acesso em: 15 jul. 2015.

Então esse estado primitivo não tem mais condição de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse a maneira de ser.<sup>16</sup>

Assim, demonstrada a necessidade de o ser humano conviver pacificamente em sociedade é que emerge a obrigatória compatibilização dos interesses mediante concessões múltiplas de seus componentes.

É justamente nessa forma de compatibilização que entra em pauta a política. Os membros da sociedade, ao editar regras de convivência, abrindo mão de parte de sua liberdade, utilizando-a como valor de forma a garantir maior espaço de conformação de efetividade na realidade. A política pode ser entendida, por conseguinte, genericamente, como tudo que envolve a formação, a organização e a gestão do Estado.

## 1.2 O que é Direito?

O estudo dessas regras obtidas pelas negociações da sociedade é que dá origem ao Direito, tendo derivado da palavra latina *ius*, traduzida como regra e também como justo.

Levando em consideração que o foco do presente trabalho está muito longe dessa questão da evolução conceitual, transcreve-se a título meramente exemplificativo algumas definições doutrinárias, de modo a contextualizar o leitor. Segundo Miguel Reale, o Direito é uma “*ordenação heterônoma coercível e bilateral das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores*”<sup>17</sup>. Por sua vez, Paulo Nader relata que:

O território do Direito localiza-se no chamado Mundo da Cultura. O Direito é um processo de cultura espiritual. Possui substrato não físico e valor a ser alcançado. Qual seria o suporte do Direito? Inegavelmente, a conduta social do homem. Estabelecendo diretrizes para a convivência, modelando o agir em sociedade o Direito modifica o comportamento social, canalizando as ações para a vivência de valores. Como os processos culturais realizam valores, o Direito visa à concreção da justiça, que é a sua causa final, a grande razão de ser, a motivadora da formação dos institutos jurídicos. A justiça encerra toda a grandeza do Direito. Em termos absolutos, é um ideal não-alcançável. A história, contudo, é a testemunha do notável esforço do homem para o aperfeiçoamento do Direito. A justiça privada, a lei de talião, o sistema das ordálias, o regime da escravidão, vigentes em épocas recuadas da história, revelam um Direito profundamente injusto, distanciado dos grandes

---

<sup>16</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Livro I. Cap VI. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf> Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>17</sup> REALE, M. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

princípios do Direito Natural. Hoje, o Direito valoriza a vida humana, protege os mais fracos, estabelece o princípio da isonomia legal. Contemplar o passado e observar o presente é esperar futuro promissor para o Direito.<sup>18</sup>

A partir das definições desses dois doutrinadores, o que interessa da exposição deste capítulo é a noção de que o Direito é o conjunto de normas de conduta de uma sociedade. Portanto, é, em verdade, o produto obtido por meio da política e por muitas vezes correspondendo a uma relação simbiótica de difícil ou quase impossível identificação prática no mundo real.

### 1.3 Direito e política nos Poderes

Conforme antecipado, a relação entre direito e política é muito íntima e isso fica muito claro quando se observa especificamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo certo que cada qual tem a possibilidade e dever de produção e aplicação do Direito, na medida da extensão de seu capital político.

Cabe rememorar que, embora tratados pela Constituição como Poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são funções específicas do chamado Poder Político que o Estado detém para a manutenção da ordem e bem comum da sociedade. Destarte, o termo mais adequado, pacificamente adotado pela doutrina<sup>19</sup> é função ao invés de poder. Entretanto, como o referido termo é utilizado pela Constituição<sup>20</sup>, é o que será adotado na presente exposição.

#### 1.3.1 Direito e política no Executivo

---

<sup>18</sup> NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 90.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

<sup>20</sup> A denominação está no Título IV, Capítulos I, II e III, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

O Poder Executivo encontra-se descrito nos arts. 76 a 91 da Constituição Federal em que, conforme a redação do art. 76, o Poder Executivo, no âmbito federal, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado<sup>21</sup> - formato de reprodução obrigatória no âmbito estadual e municipal para Governadores e Prefeitos.

O art. 84 da Constituição Federal elenca as atribuições exclusivas do Presidente da República, dentre as quais se identifica a função precípua de dirigir a Administração Pública, na forma da lei, bem como diversas atividades legislativas, por exemplo, os poderes de sanção e veto, apresentação de projetos de lei e edição de decretos<sup>22</sup>.

Com simples leitura do dispositivo citado, conclui-se pela atuação quase que exclusiva deste Poder por força da política, haja vista a via representativa por eleição direta do cargo.

O cidadão quando escolhe alguém para o preenchimento do cargo de chefe do Executivo pretende que o candidato siga as pautas propostas, quando da sua campanha eleitoral. Isso revela um compromisso pré-ajustado de ênfase em certos aspectos da vida da sociedade. Por conseguinte, é nítido observar-se o fio condutor da atuação da Administração Pública pela política representativa, potencializando os interesses da maioria que a elegeu, criando e organizando estruturas que possam concretizá-los no mundo dos fatos, formando, dessa maneira, o Direito.

No entanto, ainda que exista o apoio maciço da sociedade para criação de normas jurídicas sobre determinado tema, por força da política, o mesmo Direito que nasce é o agente limitador tanto da atuação quanto da criação por parte do Executivo. Os limites jurídicos são estabelecidos pela Constituição ou por normas gerais que precisam de regulamentação específica, traduzidos no princípio da legalidade administrativa<sup>23</sup>. A título ilustrativo convém salientar lição de Hely Lopes Meirelles quando afirma que:

---

<sup>21</sup> Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

<sup>22</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (...) (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

<sup>23</sup> MIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

### 1.3.2 Direito e política no Legislativo

Seguindo a mesma lógica de representação, o Poder Legislativo é, por excelência, o espaço onde a política se desenvolve em toda sua plenitude. Uma das principais características deste Poder é a deliberação, que é a pedra fundamental de seu funcionamento. Cada membro (vereador, deputado estadual, deputado distrital, deputado federal ou senador) também tem uma pauta de campanha que foi escolhida pelos eleitores, seja sob a perspectiva personalíssima da figura do candidato, seja pela legenda a que ele aderiu. Todavia, o sucesso da atuação de cada membro depende quase que exclusivamente de convencer seus pares a aprovarem um projeto de lei que queira ser aprovado.

Tal como ocorre com o Poder Executivo, embora o Legislativo faça nascer o Direito, de igual modo se limita por ele. O espaço de deliberação e criação de normas é muito mais amplo do que o do Poder Executivo, mas há uma série de matérias em que é vedada até mesmo sua deliberação, para o caso de restringir-lhes o alcance, que são as chamadas cláusulas pétreas<sup>24</sup>.

### 1.3.3 Direito e política no Judiciário

O Judiciário é aquele que exerce a chamada jurisdição. Dinamarco afirma que a jurisdição é um poder, uma função e uma atividade ao mesmo tempo. Poder por decidir imperativamente e impor estas decisões; a função, por promover a pacificação dos conflitos

---

<sup>24</sup> Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

através do processo; e atividade, pelo complexo de atos promovidos pelo juiz no processo<sup>25</sup>. Interessante o caráter substitutivo e de atuação conforme o direito, apontado por Chiovenda para a delimitação do referido conceito<sup>26</sup>.

Já Carnelutti ressaltava a necessidade peremptória de a jurisdição sempre atuar com base numa lide<sup>27</sup>. Assim, o Estado-juiz deve pacificar as relações a ele submetidas, pois tomar a iniciativa de resolver questões, além de autoritário, faria com que se perdesse a parcialidade do magistrado. Portanto, sua atividade se dá sempre em função de uma insatisfação a ele apresentada para ser resolvida (inércia).

Para Leonardo Greco, trata-se de função preponderantemente estatal exercida por um órgão independente e imparcial que atua a vontade concreta da lei para a justa composição de litígios e proteção dos interesses dos particulares<sup>28</sup>.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, contextualiza o Poder Judiciário e a jurisdição da seguinte forma:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do Direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de ela provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados isonomicamente das mais mezinhas garantias.<sup>3</sup> Essa função denomina-se jurisdicional e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, por adquirir o que se denomina, em sede anglo-saxônica, *final enforcing power*, consubstanciado na coisa julgada<sup>29</sup>.

Por conseguinte, o Judiciário é quem determina a aplicação do Direito ao caso concreto. Diferentemente dos demais, os membros do Judiciário não são escolhidos mediante eleição, mas sim mediante concurso público de conhecimentos técnicos. Dessa maneira,

---

<sup>25</sup> CINTRA, A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, RT, 2005.

<sup>26</sup> CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 66.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. I, p. 371

<sup>28</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, pp. 55-64;

<sup>29</sup> FUX, Luiz. *Teoria Geral Do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 47-48.

desenha-se um órgão que não se leva pela vontade passageira da sociedade, mas que zela pela ordem jurídica e que busca harmonizar as relações dos indivíduos entre si, dos indivíduos com o Estado ou mesmo entre as suas várias esferas. A imparcialidade necessária para esse tipo de atuação afasta sobretudo um compromisso com a representatividade social que os demais poderes precisam observar.

#### 1.3.4 Direito e política na harmonia entre os Poderes

Apesar dessa análise estanque de cada função do Poder Político, certo é que o fenômeno da transposição da Constituição para o centro do ordenamento jurídico e com o advento da Carta de 1988 houve um rearranjo nos raios de alcance de atuação entre os Poderes, objeto de muito estudo do chamado *neoconstitucionalismo*<sup>30</sup>.

A relação entre o Legislativo e o Executivo foi desenhada na nossa Constituição para estimular um exercício conjunto do governo, uma cooperação entre Congresso e Presidente tanto na formação do governo, quanto em sua manutenção<sup>31</sup>. Cumpre notar a análise de Pedro Duarte Pinto sobre essa relação quando expõe que:

---

<sup>30</sup> O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

(...)

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, L. R.

*Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. pp. 3-15. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 23 mar. 2015.

<sup>31</sup> PINTO, P. D.. *Presidentes, Presidencialismo e o Poder Executivo no Brasil: O fenômeno presidencial no Brasil, modelos comparados e perspectivas de evolução*. 2015. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O diálogo constitucional entre o presidente e o Congresso, nesse contexto, remete a um processo de um debate interativo, contínuo, interconectado e de construção dialógica na tomada de decisões entre esses atores políticos, abarcando a construção do sentido da Constituição, a definição de políticas públicas e de programas de governo, como também o alcance das próprias prerrogativas presidenciais e a demarcação da natureza das próprias instituições envolvidas.<sup>32</sup>

Nesse sentido, inexistente a última palavra sobre determinada matéria, já que o conjunto de limitações políticas e institucionais para o Executivo e Legislativo criam um espaço institucional em que os ramos políticos atuam na construção contínua da melhor decisão<sup>33</sup>.

Conceber a relação ora tratada, sob a perspectiva de um diálogo, possibilita uma interpretação dinâmica dessas interações na construção permanente pelo outro em que nenhuma dessas visões postas isoladamente é suficiente para o diagnóstico de como o sistema funciona<sup>34</sup>.

Permanece, ainda, a análise dessas interações expostas do Executivo com o Legislativo sob a perspectiva do Poder Judiciário.

Como já indicado anteriormente, a Constituição de 1988 reformulou todo o sistema político do País, sendo inegável que grande parte dessa ruptura paradigmática ocorreu em razão de uma previsão extremamente elástica de direitos fundamentais, tornando exigíveis, com imediatismo, alguns pré-existentes, mas de difícil concretude e criando outros tantos novos<sup>35</sup>. Assim, a Constituição adentra ao campo garantístico, segundo o qual um direito que

<sup>32</sup> PINTO, P. D.. *Presidentes, Presidencialismo e o Poder Executivo no Brasil: O fenômeno presidencial no Brasil, modelos comparados e perspectivas de evolução*. 2015. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

<sup>33</sup> Nesse sentido: FISHER, Louis. *Constitutional dialogues - Interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988.; FISHER, Louis. *The politics of executive privilege*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.; BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of Theories of Constitutional Dialogue. In: *Brooklin Law Review*. V. 07, 2006. MENDES, Conrado Hübner. Is it all about the last word? . In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 69-110, Oxford: Oxford University Press, 2009.; MENDES, Conrado Hübner. Not the last word, but dialogue . In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 191-246, Oxford: Oxford University Press, 2009.; MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word. In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 5, p. 1-40, Oxford: Oxford University Press, 2011.; e MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Sao Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>34</sup> “The Presidency is more than the person who occupies the office of president; it is also the set of institutions and processes that shape the behavior of the people who work within them. Viewing the office from this perspective helps shift our attention away from the characteristics of individual presidents and towards structures that remain more or less the same from one administration to the next. It also offers a way to link presidential influence to specific legal powers, since a central component of the president’s formal authority is the ability to control institutions and processes.” (MAYER, K. R. *With the stroke of a pen: Executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 109.)

<sup>35</sup> Picardi assevera que o Poder Judiciário passa a se destacar exatamente nesse momento de crescimento do Estado Social e a noção de que os direitos fundamentais tem aplicação imediata a todos os indivíduos da sociedade<sup>35</sup>. Nesta perspectiva, havendo um direito fundamental, haverá garantia de sua efetivação por parte do judiciário (Nicola Picardi, *Jurisdição e processo*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008).

não está protegido pela jurisdição, não existe verdadeiramente, porquanto a exigibilidade real é um requisito necessário para sua existência efetiva<sup>36</sup>.

Há que se observar, de forma a corroborar esse desenho institucional, a afirmação de Leonardo Greco que “*o Judiciário é o poder daqueles que não podem se valer por si*”. Assim é que o Judiciário se vê inserido diretamente nas mais complexas questões de políticas públicas, dialogando ou invadindo ou mesmo limitando com as atribuições dos demais poderes. Passagem interessante é a reflexão de Ferrajoli sobre o tema:

É este o sentido da frase ‘há tribunais em Berlim’: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos ‘democracia substancial’.<sup>37</sup>

De modo a traçar um modelo didático de exposição do tema, o ministro Luís Roberto Barroso aponta que os seguintes fatos concorreram para este fenômeno aqui no Brasil: (i) redemocratização e fortalecimento do Judiciário como um poder e não somente mais como um órgão técnico; (ii) constituição analítica e ambiciosa<sup>38</sup>, trazendo matérias que até então não eram consideradas relevantes; e (iii) sistema de controle de constitucionalidade pátrio<sup>39</sup>.

Cabe, entretanto, para evitar qualquer confusão, diferenciar judicialização de ativismo judicial, haja vista que na primeira tem-se uma ideia de passividade, a partir do princípio da inércia que rege a jurisdição, que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Somente após ser provocado e havendo os requisitos necessários, conhece-se a ação e a resolve, enquanto no ativismo judicial há uma escolha de

<sup>36</sup> TARUFFO, M. *Páginas Sobre Justicia Civil*. Tradução Maximiliano Aramburo Calle. Marcial Pons. 2009. pp-21-22

<sup>37</sup> FERRAJOLI, L. *O Direito Como Sistema De Garantias*. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 101-102.

<sup>38</sup> Termo este utilizado pelo ministro Gilmar Mendes corriqueiramente.

<sup>39</sup> BARROSO, L. R.. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Pp.3-4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance<sup>40-41</sup>.

Seguindo essa perspectiva, Ferrajoli apresenta a jurisdição como um poder que supre as lacunas dos outros dois na defesa e concretude dos direitos fundamentais, embora defenda que o Judiciário não tem legitimidade para criação de normas, tendo em vista que o juiz tem sujeição à lei<sup>42</sup>.

Portanto, a concepção estanque do Judiciário de ter tão somente um poder-saber, que não se confunde com o eletivo, nem político não completa toda a análise a ser realizada por quem deseja entender o tema, porque uma decisão judicial pode refletir em diversas áreas que não somente a jurídica e, desta maneira, negar esta legitimação seria retirar a própria eficácia das decisões judiciais que devem ser respeitadas pela Administração Pública e levadas em consideração pelo Legislativo.

Por fim, é importante não perder de vista também a construção desses arranjos, sob o ponto de vista do risco de corrupção. O Estado deve, na medida do possível, buscar o bem comum. Para tanto, é necessário que suas instituições básicas atuem de acordo com um grau de eficiência minimamente aceitável, quais sejam, uma Administração Pública do tamanho exato para gerenciar e prover as necessidades básicas da sociedade, sob pena de inchaço e completa inefetividade. Outra questão é uma atuação do Legislativo que trabalhe legitimamente em consonância à confiança depositada por seus eleitores. Por fim, é

---

<sup>40</sup> Barroso prossegue na especificação do tema do ativismo revelando que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”(BARROSO. L. R.. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. p.6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>).

<sup>41</sup> Maior profundidade sobre o tema, ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense: Rio de Janeiro, 2014. O Autor define o ativismo como “*o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*”.

<sup>42</sup> TARUFFO, M. “*Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*”, in *Páginas sobre justicia civil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-29

necessário um Judiciário que não esvazie o conteúdo coercitivo de uma norma jurídica e implemente, efetivamente, seu conteúdo na medida exata do seu alcance.

Porém, essa não é a realidade encontrada no Brasil hodiernamente, diante de uma máquina administrativa gigante para amparar tudo que a Constituição estabelece, bem como uma infinidade de leis sobre os mais diversos temas, criando uma verdadeira inflação legislativa<sup>43</sup>, prejudicando ainda mais, nas vezes em que o Judiciário não tem a coragem de se insurgir contra certos comportamentos sociais.

Os meios de controle mútuo dos poderes de freios e contrapesos devem sair do papel e serem levados ao mundo concreto de forma a não tornar a Constituição mero instrumento de legitimação de convencimento, mas um diploma de normas atuantes e efetivas, chegando a cada um de seus destinatários da sociedade.

A determinação meramente formal de uma finalidade, sem dispor dos meios para a sua concretização é esvaziar o seu conteúdo e utilizá-la como simples discurso de legitimação. É nesta esteira que se concedem alguns benefícios à maioria da população, gerando certo grau de contentamento. Daí, temos os exemplos do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>44</sup> e da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>45</sup>.

Estes diplomas reconhecem a desigualdade social existente no País, mas concedem instrumentos tão somente imediatistas de resolução, sem atingir a raiz dos problemas. O CDC estabelece indenização contra o empresário que descumprir alguma das garantias ali especificadas, mas não combate, por exemplo, o fato de que é mais econômico para o prestador de serviço não cumprir o estabelecido em lei e responder uma ação do que realizar a adequação de sua atividade, como ocorre com os bancos e as operadoras de telefonia.

Dessa maneira, evidencia-se a passividade dos Poderes Executivo e Judiciário, no sentido de não fixar vultosas multas e indenizações para este tipo de práticas. Nos Estados Unidos, o Judiciário aplica severas indenizações àquele que causa danos aos consumidores, fazendo com que as grandes companhias tenham seu próprio núcleo de resolução de conflito de maneira a evitar maiores problemas para ambas as partes.

---

<sup>43</sup> SARVATIER, R. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, Paris, Dalloz, 1977, n° V.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências*. Brasília: Senado Federal, 1990.

<sup>45</sup> BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro.

Entretanto, voltando ao País, é preciso que o indivíduo vá ao Poder Judiciário para tentar obter um direito, que em tese, está resguardado por lei. Na realidade, ocorre a utilização da jurisdição para o retardamento e óbice à realização do que é devido ao particular, que precisa remanejar tempo e atenção direcionados ao trabalho para demandar o Judiciário, refletindo tais efeitos maléficis em diversos aspectos de sua vida, tendo como outra opção, simplesmente renunciar sua pretensão, porque os prejuízos podem ser ainda maiores.

A dificuldade apresentada revela que o desenho pátrio das relações institucionais deve ser reavaliado, pois do que adianta ter uma lei cuja efetividade se limita por diversos óbices criados pelo próprio Estado?<sup>46</sup>

O Direito, conseqüentemente, pode ser utilizado como instrumento de opressão sob o manto democrático, a partir de um arranjo institucional dos Poderes que não se coaduna com os anseios da sociedade e da Constituição.

É preciso haver conscientização dos aparelhos estatais e da sociedade para que o Direito veja sua versão programática alcançada e haja um reflexo mútuo entre uma população preparada e o Estado competente, a fim de que a Constituição deixe de ser apenas papel e passe a ser uma norma de caráter concreto.

Adotando-se essa necessidade multidisciplinar, procedeu-se a um estudo de pressupostos da Ciência Política e Teoria do Estado que não devem ser investigados em separado com o Direito Constitucional<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> No sentido diverso, por entender que o advento do Código de Defesa do Consumidor modificou o comportamento das empresas, confira Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Civil procedure in time of crisis*. Revista de Processo, vol. 244/2015, pp. 381–389: “*In my country, Brazil, several interesting solutions have been conceived to diminish the effects of the economic crisis, always protecting the weaker party: since 1991, we have had a Consumers Protection Code, which has really changed businesses’ behaviour in the last twenty years. Among the procedural inserted in this code, there are some interesting rules as v.g., those which regulate the possibility of class actions and the inversion of the burden of the proof*”.

<sup>47</sup> É sem reparos a justificativa fornecida por Marco Aurélio Sampaio: “pode-se dizer que, enquanto realidade e objeto não exclusivos de estudos jurídicos, o Direito Constitucional, em sentido amplo, pode ser percebido a partir de vários e diversos pontos de vista, guardando eles uma relação de complementariedade, e não de exclusão. Falar-se em identificação que se pretenda meramente jurídica da ampla realidade do Direito Constitucional como um todo, ainda que não se adote o paradigma do positivismo, não gera, portanto, qualquer identificação completa do fenômeno em questão. A tarefa de identificação do que seja a amplitude constitucional de tema objeto de estudo ultrapassa os limites de norma posta ou mesmo de princípios constitucionais não positivados, identificando-se, além disso, dentro de sua seara, a própria disputa do poder e sua tradução no jogo político. (SAMPAIO, M. A. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104-105.)

## 1.4 Política de mediação

Após essa breve introdução acerca das relações entre Direito e Política na perspectiva da atuação das funções institucionais do Executivo, Legislativo e do Judiciário, cumpre adentrar à primeira provocação do tema do presente estudo, no concernente à política de incentivo à mediação.

Nesse sentido, é bom lembrar que os métodos alternativos de resolução de conflito<sup>48</sup> em geral têm sido uma válvula de escape para o problema da superlitigância e abarrotamento das instâncias judiciais, tendo em vista sua eficiência e celeridade na resolução.

No Brasil, destaque para a implementação da mediação judicial por meio da Resolução 125/2010 do CNJ, o renascimento do instituto no projeto do novo Código de Processo Civil<sup>49</sup>, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015<sup>50</sup> que amplia o âmbito de aplicação da arbitragem, atualizando seus institutos, e a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, regulamentando a mediação judicial entre particulares e no âmbito da Administração Pública<sup>51</sup>.

Mauro Cappelletti ao tratar do acesso à justiça quando afirma que “*a ‘terceira onda’ vai muito mais além dessas formas de simplificação dos procedimentos e dos órgãos de*

<sup>48</sup> A palavra "alternativa" vem sendo substituída por é cada vez mais abandonada em favor de termos como "complementar", "adicional", "adequado", ou simplesmente "resolução de conflitos". No original: “*The use of these processes has become so increasingly pervasive that the ‘alternative’ of ADR is increasingly being dropped in favor of such terms as ‘complementary’, ‘additional’, ‘appropriate’, or simply ‘dispute resolution’.* In addition, points out that “*Interestingly, some of mediator’s greatest supporters are not in favor of dropping the ‘alternative’ from the description of ADR because they fear that by doing so, the process will become just like more traditional methods of dispute resolution – expensive, time-consuming, and not necessarily just.*” (PRESS, Sharon. *Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation?* Florida State University Law Review, Flórida, v. 24, p. 903-917, jan. 1997, p. 903).

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.* Brasília: Senado Federal, 2015.

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.* Brasília: Senado Federal, 2015.

*justiça. Muito importante é a substituição da justiça contenciosa por aquela que denominei de justiça coexistencial, isto é, baseada em formas conciliatórias*".<sup>52</sup>

A mediação pode ser definida como um mecanismo alternativo de resolução de conflito, em casos nos quais as partes envolvidas no problema não conseguem, por esforço próprio, resolvê-lo, realizada por meio de cujo objetivo é a pacificação dos indivíduos. Nessas hipóteses, o papel do mediador é facilitar a abertura dos caminhos dialógicos para que as próprias partes encontrem uma solução para o impasse, consensualmente, levando à preservação de relacionamentos de trato continuado, compondo a matriz de uma justiça denominada *coexistencial*<sup>53</sup>.

Entretanto, há que se ter em mente que a mediação não é a salvação da lavoura para a superlitigância que lota e emperra a máquina judiciária<sup>54</sup>.

O crescimento da mediação é bastante influenciado pelo contexto do local onde ela se desenvolve, como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Inglaterra, Brasil, Alemanha e Itália<sup>55</sup>, observando-se que ela vem sendo incorporada aos Tribunais, notadamente em assuntos ou locais aonde a mediação não é amplamente utilizada<sup>56</sup>.

O quadro descrito leva a iniciar-se uma corrida desgovernada para exterminar o problema da crise do Judiciário<sup>57</sup>, pois quanto maior o número de processos nos Tribunais, maior a lentidão de seu processamento, maior a demora do advento da decisão final e nem se pretende mencionar o tempo que levará até o trânsito em julgado e o recebimento (ou não) do bem jurídico pretendido na inicial.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, M. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas, Revista Forense nº 318 pp. 119/128. A citação encontra-se à pp. 123/124.

<sup>53</sup> Helena Muñoz define a mediação como "*un procedimiento através del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso*". (MUÑOZ, Helena S.. *La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. vol. III, p. 66-88, janjun. 2009. p. 70)

<sup>54</sup> PAUMGARTTEN, M.; PINHO, H. D. B. de. A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça?. In: Monica Bonetti Couto, Delton Ricardo Soares Meirelles, Eneas de Oliveira Matos. (Org.). *Acesso à justiça*. 01ed., Florianópolis: Funjab, 2012, p. 370-396.

<sup>55</sup> ALEXANDER, N.. *Global Trends in Mediation*. New York: Kluwer Law International, 2006.

<sup>56</sup> PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto D. Bernadina de. *Op.cit*, p. 7.

<sup>57</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . *Civil procedure in time of crisis*. Revista de Processo, vol. 244/2015, pp. 381–389.

Uma solução simplista para um problema muito complexo! Não se pode incentivar a mediação com o fito de ajudar a incinerar os processos judiciais! Leonardo Greco faz uma alegoria interessante sobre o tema, afirmando ser o mesmo caso descabido de um hospital realizar reformas no interesse exclusivo dos médicos e não dos doentes e querer que haja diminuição da entrada dos enfermos. Não atingindo o cerne da questão, nunca será resolvido o problema da superlotação processual<sup>58</sup>.

A mediação, conforme já foi exposto, deve ser feita no interesse das partes, de forma a haver maior efetividade da tutela do bem objeto da pretensão, possibilitando o cumprimento da finalidade sociológica. Todavia, ao se inverter a ordem de prioridades, é gerada discrepância em todos os atos subsequentes. Em outras palavras: ao se estabelecer uma política de incentivo à mediação para a satisfação tão somente do Poder Público, o instituto já está maculado desde sua origem, gerando, na maior parte das vezes, um prejuízo para o próprio jurisdicionado.

No Brasil, já se tornou muito comum a campanha nacional da mediação, as semanas da mediação, inúmeras propagandas com o *slogan* “Conciliar é legal”.<sup>59</sup> Nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ocorrem mutirões de audiências de conciliação, onde vários conciliadores e juízes leigos ficam em várias mesas dispostas em fileiras, realizando centenas de audiências durante o dia<sup>60</sup>.

Não se pode defender que estas práticas realizadas aos montes e desordenadamente sejam em favor das partes, porque não estão presentes quaisquer dos princípios e garantias processuais previstos na nossa Constituição. Um processo que é resolvido sem preocupação formal alguma, às pressas, é um processo ruim.

---

<sup>58</sup> GRECO, L.. Nota de Aula de Teoria Geral do Processo do Mestrado em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

<sup>59</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conciliação e Mediação: Prêmio Conciliar é Legal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/premio-nacional-da-conciliacao>

<sup>60</sup> Há diversas notícias em páginas sobre o tema. Dentre as quais, ver: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Semana Nacional da Conciliação. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual/semana-nacional-conciliacao>; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *TJRJ e Prefeitura do Rio promovem mutirão de negociação fiscal*. Publicada em 13/08/2015, Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/21002>; CONSULTOR JURÍDICO. *Ações De Consumo: TJ-RJ promove mutirão da conciliação nesta quarta-feira*. Publicado em: 24/02/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/tj-rj-promove-multirao-conciliacao-nesta-quarta-feira>; Acesso em 17 jun. 2015.

O princípio da celeridade não pode imprimir uma velocidade tal que literalmente atrepele todos os outros princípios constitucionais. A celeridade não está, como se verá mais adiante, sequer em favor do autor, mas sim do cumprimento de metas estabelecidas pelos próprios tribunais.

O princípio da eficiência e da duração razoável do processo, tão em voga atualmente, são desvirtuados diariamente por interesses meramente políticos com o objetivo de demonstrar à população que o Poder Judiciário está trabalhando, proferindo milhões de decisões por ano.

O Desembargador Alexandre Câmara alerta que esta má interpretação de princípios leva a decisões de baixa qualidade pelo fato de ser humanamente impossível responder de maneira adequada com a quantidade de ações que ingressam no Judiciário todos os anos e assevera que o princípio da eficiência impõe que os jurisdicionados sejam contemplados com decisões de qualidade num prazo razoável e que tal prazo não deve durar nem um dia a mais do que deveria; entretanto, e mais importante, também não deve durar nem um dia a menos do que deveria<sup>61</sup>.

O contraditório participativo, a oralidade, a razoabilidade e a motivação devem estar sempre presentes no processo. Estes princípios funcionam como garantias de ambas as partes da demanda. Com isso surge a indagação: com uma audiência marcada a cada cinco minutos, qual princípio garantidor do devido processo legal está presente nestes tipos de eventos?

Os demandantes não dialogam suficientemente, tampouco o mediador, que está preocupado com a próxima audiência e com o cumprimento da meta estabelecida para o dia.

Sendo assim, inexistente um limite garantidor da efetivação destes princípios, que resguardam o processo e dão legitimidade à atuação do Poder Judiciário.

Observa-se que a realização da mediação na esfera intrajudicial vem deixando de ser uma mera opção oferecida às partes. Humberto Dalla afirma que *“embora pareçam soluções rápidas e eficazes, são, na verdade, esquemas que comprometem a essência do instituto, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo ou para a implantação de uma nova forma de política pública e se prestam a resolver a crise do acesso à justiça apenas em curto prazo”*. Prossegue afirmando e corroborando o posicionamento ora defendido que:

---

<sup>61</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Palestra realizada no Congresso Internacional de Direito Processual Civil: “Processo Civil entre Eficiência e Garantia”. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

Ao deixar a mediação à sombra de um Tribunal ou punir as partes que resistem ao convite para mediar, fere-se a sua identidade, ora aproximando-a da adjudicação (processualização).

(...)

Não é racional transformar a mediação num remédio para curar a ineficiência da administração pública, tornando-a uma medida restritiva de acesso ao tribunal sob o fundamento legitimador de garantia de uma composição dos litígios com mais agilidade. Essa ideia, paradoxal, tem sido prioritária para muitos países.<sup>62</sup>

Destarte, tão certo quanto afirmar que se trata de um instrumento de grande potencial na distribuição da justiça, é a constatação de que carece de um tratamento qualificado do ponto de vista de sua aplicação por parte do Poder Público, que deve investir na formação de magistrados, conciliadores e juízes leigos, para que sejam aplicados os princípios constitucionais dentro do processo e na ocasião das audiências, preservando sempre o diálogo entre as partes e as instituições envolvidas de forma ampla com influência direta e maciça da boa-fé objetiva, estruturando o sistema judiciário dos pontos de vista interno e externo, de forma alcançar uma resposta adequada aos anseios da sociedade, atingindo os problemas no ponto exato em que surgem.

---

<sup>62</sup> PAUMGARTTEN, M.; PINHO, H. D. B. de. A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça?. In: Monica Bonetti Couto, Delton Ricardo Soares Meirelles, Eneas de Oliveira Matos. (Org.). *Acesso à justiça*. 01ed., Florianópolis: Funjab, 2012, p. 370-396.

## 2 A MEDIAÇÃO NO CURSO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

### 2.1 A autonomia do Direito Processual

O Estudo do Direito Processual originou-se a partir do momento em que se elegeu como objeto de reflexão a ação, ou o direito de agir. Em Roma, a ação era considerada uma fase do próprio direito subjetivo material, considerado o *ius persecuendi in iudicio quod sibi debeatur*, isto é, o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido. Assim, correspondia à ideia de acessoriedade em relação ao direito material, no sentido de que, se o juízo concluísse pela inexistência do direito perseguido, automaticamente considerava-se negado o direito de ação como consectário da negativa do direito material<sup>63</sup>.

Entretanto, a partir de uma polêmica acerca do tema envolvendo Windscheid e Mutter<sup>64</sup>, iniciou-se o aprofundamento maior sobre os fundamentos do Direito Processual a saber sobre uma autonomia do *direito de agir*<sup>65</sup>.

Contudo, somente com a obra de Adolf Wach intitulada “La Pretension de Déclaration”, acerca da ação declaratória negativa, que a ação ganhou a merecida autonomia, no século XIX<sup>66</sup>.

A pergunta feita é, basicamente, a seguinte: se não existe um direito de ação, do que deve ser chamado do conjunto de atos que foram realizados até a sentença, caso ela seja desfavorável ao autor? Dizer que não foi instaurado um processo e que o Estado não atuou

<sup>63</sup> FUX, L. *Teoria Geral Do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 128-129.

<sup>64</sup> A propósito, ao estudar a famosa polêmica sobre a actio de Bernhard Windscheid e Theodor Muther, da leitura da introdução redigida por Giovvani Pugliese, percebe-se que: “Windscheid mostro, en efecto, compartir la concepción de Muther en cuanto al aspecto moderno del problema, pero sobre todo se inspiro en ella de manera patente Wach, al perfilar la doctrina del Rechtsschutzanspruch, que dominó la ciencia procesalística alemana en el período de su máximo florecimiento”. (WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. Trad. Tomas A. Banzhaf, p.XIX). Ovídio Baptista consignou que “... o conceito de pretensão foi construído por Windscheid a partir do conceito de actio”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 145).

<sup>65</sup> FUX, L. *op. cit.* pp. 128-129.

<sup>66</sup> Confira-se a exposição do autor: “La diferencia no está en la naturaleza distinta del pretendido acto de protección del derecho mediante la sentencia. No está, por conseguinte, en la naturaleza de la pretensión del derecho en sí. Si hablábamos y hablamos de pretensión de declaración y pretensión de condena, sólo se señalan con ello subespecies de la pretensión a decisión judicial”. (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Traducido por SEMON, Juan M. Buenos Aires: EJEJA, 1962, p.71)

porque o direito material pleiteado pelo demandante não foi concedido é negar a realidade e, portanto, não deveria existir essa relação simbiótica.

A partir de então, com o desligamento ocorrido do Direito Civil, o Direito Processual precisa ser desenhado, através de seus fundamentos básicos<sup>67</sup>, encontrados justamente em três aspectos independentes dessa relação que permanecem existentes a despeito da negativa da pretensão, quais sejam: (i) a pretensão da parte de ir a juízo pleitear um determinado direito, (ii) a atuação do Estado-juiz nessa tutela pretendida e (iii) o instrumento que materializa essa relação entre autor, Estado e réu. Daí se afirmar que o Direito Processual tem seus pilares na ação, na jurisdição e no processo.

Sendo certo que a mediação é a figura central do presente estudo, apresenta-se relato evolutivo do Direito Processual com ênfase na jurisdição. Como já antecipado, dentre as diversas definições de mediação, é possível depreender que é a função previamente outorgada a terceiro imparcial pela Constituição, investido dentro dos limites por ela estabelecidos, quando provocado, para solucionar conflitos e resguardar o ordenamento jurídico.

## 2.2 Formalismo

Com o fito de ter um lugar dentro das ciências jurídicas, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, no período conhecido como da autonomia do processo. As partes, além de demonstrarem suas razões de ordem de fundo (relação jurídica discutida na demanda), deveriam, de igual modo, estar em plena observância das regras processuais, no cumprimento de todas as exigências legais de aspecto formal.

Com a era do positivismo jurídico, tal questão se acentuou muito, porque somente se entendia como justa a decisão tomada num processo no qual se verificou o respeito a todas as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico vigente, conduzindo o Direito Processual ao centro da estrutura jurídica científica, juntamente com o Direito Civil. À época, o advogado de defesa bom era o que encontrava alguma nulidade no processo para que ele retrocedesse

---

<sup>67</sup> Cf. WAMBIER, T. A. A. *Fundamentos do Processo*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 96, p. 11-29, 2007.

várias fases ou mesmo fosse extinto diretamente, o que foi combatido a partir do segundo pós-guerra, como se verá mais à frente<sup>68</sup>.

Tocar nessa questão torna obrigatório recorrer às lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando afirma que o formalismo não se confunde com a forma do ato individualmente considerado<sup>69</sup>. Diz respeito à totalidade formal do processo compreendendo não só a forma, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. Afinal, sem a

---

<sup>68</sup> Confira-se a lição de Teresa Wambier sobre o rigor processual e suas respectivas críticas: “Uma reflexão mais madura mostrou-nos ser evidente a inadequação do pensamento absolutamente rigoroso, que privilegia a coerência e a precisão dos passos do raciocínio para resolver boa parte dos problemas jurídicos, especialmente problemas processuais. Não se trata, de modo algum, nem de pregar e tampouco de legitimar soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico. Trata-se, isto sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente. No próximo sistema são identificáveis ‘zonas de penumbra’, ou seja, situações em face das quais se apresenta mais de uma solução possível, legitimada por parte da própria doutrina, da jurisprudência e da própria lei. No que diz respeito especificamente ao processo, estas ditas zonas de penumbra se manifestam quando se admitem, no sistema, dois ou mais caminhos para chegar a um mesmo lugar. Não são poucas as hipóteses em que se flagram tanto no plano da doutrina quanto no da jurisprudência discordâncias quanto a qual seria o meio adequado para atingir determinado fim no processo ou através do processo. Pensamos que nas zonas de penumbra deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais se sobressai a operatividade do sistema, qualidade que deve torná-lo apto a gerar os fins para os quais foi criado. Justamente nestas hipóteses é que, em nosso entender, deve incidir o princípio da fungibilidade: casos em que há dúvidas quanto a qual seja o caminho adequado (= correto) para atingir determinada finalidade por meio de um pedido formulado perante o Poder Judiciário, dúvida esta cuja existência se percebe por haver divergências no plano da doutrina e/ ou no da jurisprudência a respeito. Hoje se tem consciência cada vez mais nítida no sentido de que o processo foi concebido para “dar” direitos a quem os tem: não para ‘inventar’ direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um ‘fosso’ entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente. Parece-nos tratar-se de uma exigência afeiçoada à mentalidade que prevalece em nossa época. Há cinquenta anos dizíamos, com certa dose de tranquilidade e conformismo, que a coisa julgada faz do preto, branco, e do quadrado, redondo. Hoje nos incomoda, por exemplo, a situação de haver sentença sobre a qual se tenha operado autoridade de coisa julgada, em que se estabeleceu existir relação de filiação entre A e B, quando teria sido feito o exame do DNA de ambos, posteriormente e extraprocessualmente, e teria ficado cabalmente comprovada a inexistência de tal relação. Imagine-se, por exemplo, que a este resultado só se tenha tido acesso depois de escoado o biênio decadencial, dentro do qual a ação rescisória poderia ter sido proposta! (art. 495 do CPC). Certamente, a reação imediata da grande maioria dos operadores do direito é, em face dessa situação, a de examinar teimosa e cuidadosamente o sistema para conseguir encontrar uma solução consistente em aproximar a realidade criada pela sentença da realidade que se terá efetivamente apurado no mundo empírico. Evidentemente, não se pode dizer que há condições para que este ‘fosso’, a que antes aludimos, deixe de existir, total e completamente. Por outro lado, parece que a função da doutrina processual contemporânea tem sido, pelo menos em parte, a de diminuir as dimensões desta distância. A constatação no sentido de que raciocínios mais flexíveis podem levar-nos a melhores soluções, no plano do processo, passa necessariamente pelo desprezo da regra no sentido de que ‘não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar’” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, SP, v. 93, n.821, p. 39-74, 2004)

<sup>69</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Porto Alegre: PPGD-UFRGS, 2001. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm). Acesso em: 15 jul. 2015.

observância de uma ordem, haveria uma disputa desordenada, podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do juiz. Por conseguinte, o formalismo também é garantia contra o arbítrio dos órgãos judiciais<sup>70</sup>.

O autor prossegue relatando que a discricionariedade do juiz quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional gerariam diversos problemas, tais como: (i) o desperdício de tempo para elaborar um rito específico para cada caso concreto; (ii) o risco de impedir uma solução uniforme e isonômica para realização do direito; (iii) violação ao princípio da previsibilidade do procedimento; e (iv) risco de comprometer a paridade de armas, seja no plano normativo, seja no plano concreto.

Importa apontar, igualmente, que o formalismo não é um conjunto de exigências estabelecidas pelo legislador de forma arbitrária. O processo, como ensina Taruffo, é uma manifestação cultural<sup>71</sup> e, conseqüentemente, sua estrutura depende de uma escolha de natureza política legada às formas e ao objetivo da administração judicial. Logo, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do processo são expressões das concepções sociais, éticas, econômicas e políticas<sup>72</sup>.

Sob o ponto de vista de legitimidade da obtenção do bem da vida pretendido também se vale o formalismo, porquanto o indivíduo não possa contar apenas com as próprias forças para retirar um bem do patrimônio de outrem ou obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer algo, ao seguir as determinações previstas no ordenamento, a conduta coercitiva remete a uma legitimidade a partir da teoria do pacto social no qual a sociedade remete parcela de sua liberdade para que o Estado promova a harmonia e o bem comum, após uma aceitação dessas regras. Assim, as normas estabelecidas no ordenamento forma o resultado da conjugação da vontade geral legitimando a uma só vez a atuação do Estado na sua conduta invasiva no patrimônio jurídico de um indivíduo.

---

<sup>70</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Porto Alegre: PPGD-UFRGS, 2001. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm). Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>71</sup> TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 2009, p. 63-91

<sup>72</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *op. cit.*

Nesse sentido, o formalismo acaba por se tornar um elemento fundador tanto da efetividade, uma vez que a desordem não colabora para um processo ágil, bem como se torna o guardião da segurança do processo, sob a perspectiva de seu poder disciplinador<sup>73</sup>.

### 2.3 Efetividade

O princípio da efetividade está consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição<sup>74</sup>, tendo em vista que não é suficiente apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário. É imprescindível que a jurisdição seja, tanto quanto possível, eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos. A perspectiva constitucional do processo vem afastá-lo das construções meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social.

A Corte Europeia de Direitos Humanos vem se preocupando com a efetividade dos direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos do Homem, o que supõe que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento.

Nesse sentido, merece menção o importante posicionamento adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no denominado caso *Hornsby vs. Grécia*, julgado em 19/3/1997, no qual se entendeu que o direito à execução dos julgamentos é uma das garantias do processo justo, cuja falta acarretaria na existência de um acesso à justiça meramente abstrata, teórica<sup>75</sup>.

É possível destacar os principais fatores que determinaram essa ascensão da efetividade como oposição ao formalismo. Primeiramente, nota-se que a sociedade atual, com interesse de amplas camadas da população e relações cada vez mais complexas, torna-se

---

<sup>73</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Porto Alegre: PPGD-UFRGS, 2001. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm). Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>74</sup> Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito.

<sup>75</sup> GUINCHARD, S. *et alii*. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 1016.

imperativa uma solução mais rápida do processo, maximizando e adequando as pretensões dos jurisdicionados<sup>76</sup>.

Outro fator relevante é o ganho de importância da adoção dos princípios e sua constitucionalização, iniciado no segundo pós-guerra. A regulamentação impositiva e autoritária dos códigos processuais servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. O destaque na aplicação prática dos direitos fundamentais fez com que eles passassem a se sobrepor às regras infraconstitucionais. Com isso, há uma transformação profunda quanto à concepção de segurança jurídica, que sai de uma sedimentação para um conteúdo vivo e mutável em harmonia com o dia-a-dia da sociedade pulsante da segunda metade do século XX. Assim, vislumbrar a concretude da satisfação da pretensão passa a ser o novo parâmetro de medida da segurança jurídica, na garantia de um processo equânime<sup>77</sup>.

Nessa esteira, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, refletindo-se no processo, transportando e contaminando todo esse dinamismo às partes e ao juiz, impondo um dever de cooperação entre si, com boa-fé e lealdade<sup>78</sup>.

Dessa maneira, o formalismo deve ser o suficiente para legitimar e ordenar os atos, ao passo que se for excessivo, fará de seu poder organizador, ordenador e disciplinador aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável na solução do litígio. Logo, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas “formas eficaciais”, mas “formas finalísticas”, subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte, mesmo em se tratando de prescrição de natureza cogente, pois, por razões de equidade, a essência deve sobrepujar a forma.

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Porto Alegre: PPGD-UFRGS, 2001. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm). Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>77</sup> *Ibidem*

<sup>78</sup> *Ibidem*

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acrescenta que, tendo eventualmente tramitado o processo e atingido a sua finalidade essencial, a sua extinção sem julgamento do mérito, por falta de interesse, implicaria no formalismo excessivo. O órgão judicial deve agir com lealdade e boa-fé, e não estaria sendo leal no uso de seus poderes sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais.

Um dado interessante desse ponto é o caminhar, ainda que lento, nesse sentido da jurisprudência dos Tribunais Superiores, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, na insurgência da chamada jurisprudência defensiva<sup>79</sup>, quando modificou o seu posicionamento para passar a aceitar recursos interpostos antes mesmo da publicação do acórdão<sup>80</sup>. A *ratio* dessa mudança foi a reflexão feita a respeito da penalidade prevista pelo legislador que pretende punir quem foi desidioso com o prazo processual. No entanto, o caso em tela é

<sup>79</sup> Expressão utilizada pela doutrina para denominar a inadmissibilidade de declarada por um tribunal em decorrência de um vício formal plenamente sanável. Sobre o tema, ver: TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência Defensiva De Segunda Geração. Revista de Processo, vol. 182, p. 259, Abr/2010; FARIA, Márcio. O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores; FARIA, M. O Novo Código de Processo Civil vs. A jurisprudência defensiva; FARIA, M. O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento das guias de preparo: ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores.

<sup>80</sup> Eis o teor da ementa do referido processo: “Embargos de declaração nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Conversão em agravo regimental. Interposição de embargos de divergência antes da publicação do acórdão embargado. Extemporaneidade. Instrumentalismo processual. Preclusão imprópria para prejudicar a parte que contribui para a celeridade processual. Boa-fé exigida do estado-juiz. Agravo regimental provido. 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e consequentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado. 4. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 5. In casu, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”. 6. Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal”. (Supremo Tribunal Federal. AI 703.269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux. J. 05/03/2015)

diferente e, felizmente, sensibilizou os eminentes julgadores que se recusaram a prejudicar o jurisdicionado diligente<sup>81</sup>.

Louvável o posicionamento da Corte, porquanto pela lealdade, boa-fé, transparência e clareza na aplicação do direito, aspectos ligados à segurança jurídica, não se pode criar situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais.

Posto isto, é inegável que a efetividade seja a pedra de toque do Processo Civil moderno. Pensadores e operadores do Direito Processual, que pouco a pouco perdem o interesse em filigranas acadêmicas despidas de interesse concreto, envidam esforços na busca de soluções para que o exercício da jurisdição alcance resultados práticos, é dizer, para que seja apto a tutelar, de acordo com o direito material, a situação submetida ao crivo do Judiciário, não apenas no plano das ideias, mas também na realidade dos fatos<sup>82</sup>.

Na atualidade, as relações sociais multiplicaram-se e tornaram-se mais complexas. Surgiram novos interesses e necessidades, e do Direito é a responsabilidade de disciplinar todas as situações de forma rápida e satisfatória. Nesse quadro, crescem em importância os princípios da razoável duração do processo e do acesso à justiça dos quais se extrai a necessidade de assegurar ao detentor de um direito o acesso ao bem da vida tão logo possível, sem retardos injustificados. Afinal, como já alertava Jeremy Bentham, “*justice delayed is justice denied*”.<sup>83</sup>

Importantíssima lição que envolve de modo completo o tema da efetividade, trazida por Teresa e Luiz Wambier, cuja transcrição se faz necessária:

A questão da resistência ao cumprimento das decisões do Poder Judiciário é, sem dúvida, um dos maiores desafios com que deparam os estudiosos do processo civil brasileiro. É um problema que assume ‘ares’ de verdadeira endemia, a reclamar solução urgente, sob pena de desmoralização de todo o bem engendrado sistema de prestação da tutela jurisdicional.

Apesar das dificuldades que ao longo da história se põem diante dessa questão, que é, sem qualquer dúvida, de difícil solução, a busca da efetividade, um dos temas mais estudados contemporaneamente, exige que tanto o legislador quanto o operador do direito empenhem-se em encontrar meios capazes de dar respostas satisfatórias

---

<sup>81</sup> SILVA, I. S. Do N. *O STF e a Tempestividade Do Recurso Prematuro Ou Extemporâneo In Portal Processual*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/o-stf-e-a-tempestividade-do-recurso-prematuro-ou-extemporaneo/> Acesso em: 9 jul. 2015.

<sup>82</sup> BODART, B. V. da R.; SILVA, I. S. do N. da. *A Exequibilidade Imediata da Sentença no Novo CPC, In Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. 1ª ed. Juspoivm: Salvador, 2013. pp 247-258.

<sup>83</sup> *Ibidem*

aos anseios sociais existentes nesse sentido. A verdade é que, sem que se confira à decisão judicial credibilidade decorrente de sua real aptidão a promover efetivas alterações no mundo empírico, certamente será difícil a obtenção, pelo sistema judiciário da necessária legitimidade social.

Têm sido muito grandes os esforços no sentido de dotar o sistema processual de meios que sirvam de estímulo ao cumprimento das decisões judiciais. Ao mesmo tempo, o legislador brasileiro tem buscado aparelhar o sistema de regras que imponham barreiras para a burla ou para a criação de óbices no sentido de obstar a efetividade das decisões judiciais”.<sup>84</sup>

Sendo certo que todo provimento jurisdicional tem a sua eficácia perenemente ameaçada pelo passar do tempo, que é inimigo declarado e incansável do processo, tem-se que a possibilidade de execução provisória, por exemplo, é uma excelente arma de que o legislador pode e deve dispor nessa batalha<sup>85</sup>.

A partir desse novo panorama, pode-se mesmo falar em um dever do Estado de prover imediatamente o interesse do jurisdicionado, assim que prestada a tutela. Não é justo atribuir sempre ao autor o ônus da demora da duração do processo, devendo o ordenamento jurídico prever, de modo sério e concreto, a efetiva e imediata eficácia da obrigação e da lei, por meio de princípios e mecanismos de cumprimento provisório da sentença, para que não seja obstaculizado o direito do demandante<sup>86</sup>.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux:

O pressuposto da ‘efetividade’ representa, sem dúvida, a atual ótica do processo, historicamente da mesma importância da época em que o processo era analisado sob a ótica da ‘relação jurídica’. São dois marcos referentes a duas épocas de franca evolução da ciência processual. A hodierna observância do processo sob o ângulo da efetividade tem conduzido os juristas a estudos de funda aproximação dos fins do processo aos novos reclamos sociais. A verdade é que ‘o progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil’. Essa insatisfação, a que se referiu o ilustre processualista fluminense, diz respeito, sobretudo à duração dos processos que é um dos pilares de sustentação dos estudos acerca da efetividade.

Considera-se, assim, efetivo o processo que confere no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça. Compõe-se o binômio ‘fazer bem e depressa’ ou ‘rapidez e segurança’ a que se referia a doutrina clássica do processo cautelar. O processo, enfim, será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado”.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Juris Plenum, v. 2, n. 88, 2006.

<sup>85</sup> DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 356-357

<sup>86</sup> SCARSELI, G. *Sulla necessità di ampliare l'ambito dei titoli esecutivi nonché l'accesso all'esecuzione forzata*. In: *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. www.judicium.it. p.1-4.

<sup>87</sup> FUX, L. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos Da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.21.

## 2.4 Segurança

A segurança filia-se à noção de Estado Democrático de Direito<sup>88</sup>, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal. Daí adveio a expressão do *garantismo processual*. Em tal contexto destaca-se o devido processo legal<sup>89</sup>, que tem como corolários o princípio do juiz natural<sup>90</sup>, a igualdade<sup>91</sup>, aí compreendida a paridade de armas, o contraditório<sup>92</sup> e a fundamentação das decisões<sup>93</sup>.

Daniel Mitidiero ressalta críticas à expressão do devido processo legal utilizado por nossa Constituição, tendo em vista que o processo não deve ser visto tão somente como uma proteção contra os desmandos do Estado, mas também precisa ir além, na busca da realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um *processo justo*<sup>94</sup>. Outra crítica que o autor tece é concernente à automática remissão ao *substantive due process of law*, assumindo um risco de correlação necessária com o direito substantivo, que não é desejável<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

<sup>89</sup> Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>90</sup> Art. 5º (...) XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>91</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>92</sup> Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> Mais sobre o tema. Ver: Mauro Cappelletti e Denis Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, “Garanzie costituzionali e „giusto processo” (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, nº 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo Lezioni sul *Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998, cap.3, “Le garanzie costituzionali”, págs.55/95; Fernão Borba Franco, “A fórmula do devido processo legal”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 24, nº 94, abril-junho de 1999, págs.81/108; Serge Guinchard et alii, *Droit Processuel - Droit commun du procès*, ed. Dalloz, Paris, 1ª ed., 2001; Augusto M.Morello, *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

<sup>95</sup> MITIDIERO, D. *Direito Fundamental Ao Processo Justo*. P. 2. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130419164953.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf). Acesso em: 15 jul. 2015.

Muito bem assinalado por Leonardo Greco o fato de que

o Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam (...) maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos”, mas que “isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo<sup>96</sup>.

Dessa forma, observa-se a preocupação não somente com a justeza da decisão, mas incluindo a questão da justiça<sup>97</sup>. Obviamente que uma decisão judicial produzida dentro dos

---

<sup>96</sup> GRECO, L. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Mundo Jurídico. Disponível em: [https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo\\_leonardo-greco.pdf](https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf) Acesso em: 9 jun. 2015.

<sup>97</sup> Taruffo defende que existem três critérios para que uma decisão judicial seja justa. São eles: (i) correção da escolha e da interpretação da norma aplicável ao caso; (ii) a exposição correta dos fatos relevantes do caso; e (iii) o emprego de um procedimento válido e justo para gerar a decisão. Na passagem transcrita a seguir, verifica-se a preocupação do processualista com essa questão da justiça da decisão e a justificativas dos critérios para que ela seja proferida na prática: “*Sono innumerevoli le situazioni nelle quali si parla di giustizia nei modi più diversi, e moltissime sono le occasioni nelle quali la giustizia viene riferita alle decisioni giudiziarie ed intesa come un requisito indispensabile di tali decisioni. Di regola, infatti, chi pensa alle decisioni degli organi giudiziari non pensa a decisioni qualsivoglia, casuali o arbitrarie, o tanto meno ingiuste, ma pensa, o almeno si augura, che i giudici decidano “secondo giustizia” le controversie che vengono loro sottoposte*”.

(...)

*I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione. Prima di fare qualche passo ulteriore nell'analisi di questi criteri, è opportuno vedere meglio come essi possano rappresentare il fondamento di una decisione giusta. Anzitutto, va sottolineato che i tre requisiti sono tutti necessari perché si abbia una decisione giusta, mentre nessuno di essi è di per sé sufficiente a questo scopo. Peraltro, i tre requisiti sono congiuntamente sufficienti ad individuare la giustizia della decisione. Vale forse la pena di illustrare meglio queste affermazioni. La scelta e l'interpretazione corretta della regola giuridica applicabile al caso è ovviamente necessaria: nessuna decisione si può definire giusta, in nessun senso del termine, se si fonda su una scelta erronea della norma applicabile o su un'interpretazione errata, invalida o scorretta di tale norma. Per contro, il requisito in esame non è da solo sufficiente a determinare la giustizia della decisione: una decisione che si fonda su una corretta decisione della quaestio juris può essere erronea, e quindi ingiusta, per varie altre ragioni, ad esempio perché è errato o non attendibile l'accertamento dei fatti che stanno alla base della controversia. Un accertamento veritiero dei fatti della causa è a sua volta necessario in quanto nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda sui fatti sbagliati, ossia su una ricostruzione erronea o falsa delle circostanze che stanno alla base della controversia. Se i fatti non sono accertati in modo razionale e veritiero, qualunque applicazione di qualsivoglia norma in quel caso particolare diventa priva di fondamento, e quindi arbitraria. La decisione che ne discende non può che essere, di conseguenza, ingiusta. Peraltro, una ricostruzione attendibile dei fatti non è da sola sufficiente a rendere giusta la decisione: questa infatti può essere ingiusta per diverse altre ragioni, ad esempio perché il giudice ha male interpretato la norma che applica a quei fatti. Infine, anche il valido impiego di un procedimento giusto è necessario, poiché è attraverso il procedimento che si forma la decisione finale, ed un «buon» procedimento è quanto occorre per preparare nel modo migliore tale decisione. Un procedimento che non sia valido e corretto non corrisponde a questa*

parâmetros de respeito aos direitos fundamentais das partes não necessariamente será correta e justa – ao contrário da era positivista –, mas certamente que a sentença que emanou de um processo no qual não houve tal observância não será justa.

Portanto, segurança e efetividade surgem como princípios a serem sopesados no ordenamento processual em sua evolução, porquanto se encontram em permanente conflito, já que quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vice-versa.

## 2.5 Eficiência

O princípio da eficiência revela-se sob o prisma da Administração Pública, numa espécie de flexibilização do princípio da efetividade, tendo em vista que a prestação da jurisdição é a prestação de um serviço público, deve seguir os mesmos princípios de funcionamento no que tange, especificamente, à imposição ao Estado do dever de realizar suas funções com a maior presteza/qualidade e em maior quantidade, com o menor gasto possível do erário<sup>98</sup>. No tocante ao Direito Processual, com o prisma do procedimento, destaca-se a necessidade de utilização do menor número possível de atos procedimentais, na maior velocidade que se possa atingir.

Faz-se mister, ainda, atentar para o fato de que:

se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia,

---

*funzione: ad esempio, se il contraddittorio non è assicurato rimane impossibile la completa formulazione delle ipotesi di decisione perché le parti non possono far valere le proprie ragioni a sostegno delle rispettive ipotesi e richieste di decisione; se le prove necessarie non vengono acquisite diventa erroneo e inattendibile il giudizio sui fatti; se il giudice non è neutrale non è assicurata la corretta interpretazione e applicazione delle norme, e così via. D'altra parte, la correttezza del procedimento non è di per sé sufficiente ad assicurare da sola la giustizia della decisione, contrariamente a quanto ritengono alcuni teorici della procedural justice. Sembra evidente infatti che anche a conclusione di un procedimento corretto il giudice possa commettere errori nel giudizio di fatto come nel giudizio di diritto, con la conseguenza che la decisione finale sarebbe ingiusta pur essendo il risultato di un procedimento corretto". (TARUFFO, Michele. *Idee Per Una Teoria Della Decisione Giusta In Notiziario Giuridico Telematico*..*

<sup>98</sup> CADIET. L. Palestra realizada no Congresso Internacional de Direito Processual Civil: *Processo Civil entre Eficiência e Garantia*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais.<sup>99</sup>

Nesse sentido, ratificando e complementando o raciocínio ora tratado, cabe a transcrição de uma exposição realizada por José dos Santos Carvalho Filho, na qual afirmou que “o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.<sup>100</sup>

Bem se vê que a era da eficiência abrange os valores da economicidade, duração razoável do processo<sup>101</sup> e celeridade<sup>102</sup>.

Embora didaticamente a exposição seja feita de maneira estanque, essa evolução tem seus momentos de concomitância, buscando novas respostas sempre mais adequadas aos problemas que vão surgindo ao longo do tempo.

Assim, o Direito tende a acompanhar essa evolução que gera maior complexidade das relações, como forma de melhor atender às novas necessidades sociais. E com o Direito Processual não foi diferente, na medida em que a sociedade foi se desenvolvendo, foi preciso criar mecanismos para tornar o Direito mais eficaz, e como o processo é o meio idôneo para a materialização do direito substantivo, foi necessário se criar meios para os quais o processo tradicional já não era capaz de satisfazer.

## 2.6 As ondas renovatórias

---

<sup>99</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 74.

<sup>100</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.

<sup>101</sup> A duração razoável, que é um símbolo da eficiência, pode ser melhor entendida na seguinte passagem: “a presença da segurança jurídica é imperiosa em todo o processo e por este motivo é necessário haver uma ponderação referente à celeridade, tendo como resultado a duração razoável do processo, onde o constituinte impõe a agilidade de solução do conflito sem que se esqueçam das garantias processuais constitucionalmente previstas”. (Silva, Irapuã Santana Do Nascimento Da. *Os Embargos De Declaração Com Efeitos Infringentes E Sua Ameaça Aparente Aos Princípios Do Contraditório E Da Ampla Defesa*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. X, pp. 226-238).

<sup>102</sup> OLIVEIRA, C. A. A. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

É de sabença geral os efeitos da Revolução Industrial, no século XIX, na sociedade, no tocante ao crescimento das relações entre as pessoas e nas respectivas transformações consequentes deste rearranjo – a globalização trazendo inúmeras espécies de novos direitos a partir de inovações, saindo do plano individual para o coletivo. Entra, portanto, o século XX como a era do crescimento acelerado das relações entre as pessoas e as sociedades, havendo a massificação; nascendo, com isso, o Direito das massas. Neste quadro, é possível observar que um simples ato poderá gerar efeitos grandiosos, atingindo a esfera individual do direito de um número incontável de pessoas. Isso é o que demanda, em primeiro lugar, a atenção dos estudiosos do Direito, para observar que não se pode ficar parado no tempo, sem que se sofram os reflexos da sociedade e vice-versa.

Essa massificação, no que concerne aos litígios, criou algumas situações, por todo o mundo, vale dizer, que era urgente a solução rápida e eficaz para que cada Poder Judiciário pudesse cumprir com seu dever perante a sociedade. Então, surgiu um estudo realizado por Mauro Cappelletti, conhecido como as Três Ondas Renovatórias<sup>103</sup>, que visava a expor, analisar e resolver os principais problemas que ocorriam neste poder ao redor do mundo.

Em sua pesquisa, Cappelletti apontou o alto custo para se litigar em juízo, asseverando que:

se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.<sup>104</sup>

Ainda sob o viés econômico, processos que envolvem causas pequenas tendem a não valer a pena sua persecução judicial diante do alto custo<sup>105</sup>. Esse alto custo pode aumentar ainda mais quando se pensa em fatores externos, como a inflação, por exemplo.

---

<sup>103</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>104</sup> *Ibidem*. p. 6.

<sup>105</sup> Cappelletti afirma que “os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa. Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$ 5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200—ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa. Nem é preciso multiplicar os exemplos nessa área; é evidente que o problema das pequenas causas exige especial atenção”.

Diante da diferença ontológica e estrutural dos indivíduos, ocorrem vantagens naturais, seja por natureza patrimonial, seja por desenvolvimento intelectual, seja por experiências em litígios, o que apresenta uma barreira gigantesca para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Outro problema apontado é o caráter pulverizado dos novos direitos multifacetados, chamados interesses coletivos<sup>106</sup>. Para ilustrar bem essa questão, cabe transcrever um exemplo elaborado pelo referido autor:

Um exemplo simples pode mostrar por que essa situação cria especiais barreiras ao acesso. Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas — ou nenhuma — terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa (o que é frequentemente um problema), eles estão em posição análoga do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é antieconômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Consequentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta. A conexão de processos é, portanto, desejável — muitas vezes, mesmo, necessária — não apenas do ponto de vista de Galanter, senão também do ponto de vista da reivindicação eficiente dos direitos difusos.<sup>107</sup>

Com essa exposição, Cappelletti demonstrou que as principais barreiras ao acesso atingem pobres e indivíduos que não têm estrutura para suportar todo o ônus de mover a máquina judiciária num processo.

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se em proporcionar serviços jurídicos para os pobres (primeira onda

<sup>106</sup> Com relação à definição de interesses coletivos, vale conferir que “a expressão *direito* evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os interesses tuteláveis na jurisdição coletiva podem acaso não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem compatíveis com ele, sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante, por aí se exemplificando a cláusula que abre para “outros interesses coletivos e difusos”, constante da parte final do art. 129, III, da CF” (MANCUSO, R. de C. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86). Em contrapartida, Kazuo Watanabe esclarece que os termos “foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles” (WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999. p. 718).

<sup>107</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

renovatória). Assim, quem não pode custear o serviço não tem fechada a porta do Poder Judiciário, aumentando o acesso à Justiça<sup>108</sup>.

Passando ao próximo tópico, interessa assinalar que tornar a tutela jurisdicional menos individual, para um atendimento mais amplo e eficaz das necessidades existentes no bojo da sociedade, criando um caráter coletivo (segunda onda renovatória) é o objetivo de suplantar a pulverização dos interesses coletivos<sup>109</sup>. É justamente nessa esteira que surge o processo coletivo, acompanhando a evolução da sociedade como um todo, no crescimento em rapidez e complexidade de seus anseios e necessidades, obrigando um estudo aprofundado para adaptação e solução para a problemática existente.

Outro aspecto de grande relevância que impede o acesso à Justiça é a falta de informação das pessoas, haja vista o não conhecimento de seus direitos e da forma como pleiteá-los. No plano coletivo, este impedimento não existe em virtude da substituição processual - que ocorre quando a lei concede poderes de representação nas ações coletivas a determinados órgãos ou entidades, como o Ministério Público. O indivíduo desinformado terá seu direito defendido pelo substituto processual bem aparelhado, no sentido de poder

---

<sup>108</sup> A mais dramática reforma da assistência judiciária teve lugar nos últimos 12 anos. A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável. A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o Office of Economic Opportunity (OEO) e continuou através do mundo no início da década de 70. Em janeiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de "securité sociale", no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Em maio de 1972, o novo e inovador programa da Suécia tornou-se lei. Dois meses mais tarde, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou grandemente o alcance do sistema implantado em 1949, especialmente na área de aconselhamento jurídico, e a Província Canadense de Quebeque estabeleceu seu primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo. Em outubro de 1972, a República Federal da Alemanha aperfeiçoou seu sistema, aumentando a remuneração paga aos advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres. E em julho de 1974, foi estabelecida nos Estados Unidos alongamente esperada Legal Services Corporation — um esforço para preservar e ampliar os progressos do programa do OEO, já agora dissolvido. Também durante esse período, tanto a Áustria quanto a Holanda reviram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente. Houve várias reformas na Austrália; e a Itália quase chegou a mudar seu sistema anacrônico, que era semelhante ao esquema francês anterior a 1972. (CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.)

<sup>109</sup> A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (*Ibidem*)

representá-lo da melhor forma possível, tendo o povo, portanto, mais acesso à tutela jurisdicional<sup>110</sup>.

Como meio de economia processual, fica evidente o uso da ação coletiva, porquanto, num mesmo processo, há a materialização da pretensão de muitos indivíduos, evitando o ajuizamento de várias ações autônomas, que acabam por sobrecarregar o Poder Judiciário. Sem tal abarrotamento, o acesso de demais questões, sem dúvida, é facilitado.

As ações coletivas vêm também como um modo de realização da segurança jurídica e do princípio da igualdade. É possível observar que ao invés de se ajuizar uma ação coletiva, fossem ajuizadas várias ações individuais, ocorreria de juízes diferentes julgarem a mesma situação ocorrida de formas distintas, resultando em sentenças variadas. Assim, haveria uma quebra do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

A equiparação das partes na relação processual complementa a série dos principais objetivos da idealização de uma tutela jurisdicional coletiva. Há que se ter em mente que a parte contrária tem uma ampla noção de que suas ações podem dar ensejo a ações propostas por parte de eventuais lesados, sabendo também a possibilidade de seu resultado e, portanto, valendo-se de um resguardo jurídico capacitado para suportar um processo. Situação esta que já não ocorre com o autor sendo um indivíduo simples, ocorrendo a chamada vulnerabilidade jurídica<sup>111</sup>. Tal vulnerabilidade se vê diminuída quando se está no plano coletivo, haja vista a relação diferenciada, seja pela união de vários interessados na causa, seja na representação adequada no polo ativo.

A partir da reflexão das duas primeiras ondas, chega-se a conclusão que, apesar de aumentar sobremaneira o acesso à justiça, é preciso ir além e reformular, elevando este princípio à máxima potência a fim de que somente os pobres não sejam os únicos contemplados. Além de entender o acesso à justiça como um aumento do raio de incidência dos jurisdicionados tutelados, é preciso qualificar a forma com a qual o serviço judiciário é prestado (terceira onda)<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27–38. *Passim*

<sup>111</sup> MARQUES, C. L. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 271 e 272.

<sup>112</sup> O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas — e, em parte, já o foram — no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando

É plenamente reconhecido que os esforços organizados sob a égide da terceira onda devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional, com várias formas de heterocomposição dos conflitos, dentre elas, a mediação<sup>113</sup>. Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais<sup>114</sup>.

---

as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. Um outro passo, também de importância capital, foi a criação de mecanismos para representar os interesses difusos não apenas dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação agressiva de seus novos direitos sociais. O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. 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. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, BRYANT.)

<sup>113</sup> *Le recours à la médiation, se substituant à l'exercice d'actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l'environnemental mediation.* (CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29).

<sup>114</sup> CAPPELLETTI, M. *Ibidem*. p. 33.

### 3 MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE, OBSTÁCULOS, REQUISITOS

A mediação, assim como outras formas de tratamento de conflitos<sup>115</sup>, não é um fenômeno novo, sempre existiu, e foi revisitada em meio a uma profunda crise dos sistemas judiciários para a resolução de conflitos<sup>116</sup>. Uma crise que se aprofunda não apenas por problemas estruturais, subjetivos, mas também em virtude de uma hipertrofia legislativa acompanhada de grande variabilidade e conseqüente incoerência interna, que desencadeia uma pluralidade de pretensões substantivas que ao invés de cumprir sua função de segurança jurídica, termina por causar um esvaziamento de eficácia da própria lei, desafiando o juiz no ato de julgar, pois amplia o espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial, elevando-se a possibilidade de decisões divergentes frustrando ainda mais as expectativas daqueles que se socorrem ao Poder Judiciário<sup>117</sup>.

Humberto Dalla e Karol Durço elaboraram um estudo comparativo entre a evolução do Estado e a função jurisdicional, concluindo que, a partir do fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o Estado-juiz tende a envolver as partes diretamente na solução do conflito, para deixar de ser um Estado paternalista, herança do modelo de Estado Social ou do

---

<sup>115</sup> Conflitos ou disputas? Existe diferença entre os dois? Sustenta-se que há sim diferença entre conflito e disputa, sendo a última mais relacionada ao processo judicial, refletindo a diferença entre lide sociológica e lide processual, conforme os estudos sobre o conteúdo do processo realizados por Carnelutti e Calamandrei. A disputa pode representar uma mera faceta do conflito que pode ser bem mais complexo: “Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. Quando um juiz determina com quem ficará a guarda de um filho, isso põe fim a uma determinada disputa, mas além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Mas o que fazer quando o conflito não é uma disputa por um determinado bem, mas o resultado de uma percepção diferente do mundo? Que fazer quando se confrontam um marido que repete padrões patriarcais e uma mulher que o ama, mas tenta conquistar sua liberdade e autonomia? Ou quando desejamos aquilo que não é quantificável, como atenção, carinho ou um pedido de desculpas? Ou aquilo que nenhum acordo é capaz de criar, por envolver respeito, afeto, cuidado, ou qualquer coisa que envolva um sentimento sincero? Nessas situações, os modelos de disputa falham, justamente porque há conflito sem haver propriamente disputa. O que está em jogo são desejos inconciliáveis por serem divergentes e não por convergirem em relação a um bem disputado.” (COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 163-164).

<sup>116</sup> PAUMGARTTEN, M. P. *Justiça, Jurisdição E Mediação: O desafio de resolver os conflitos sob uma base qualitativa de justiça*. Rio de Janeiro. 2012. p. 139.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

Estado totalitário, embora no Brasil essa atuação participativa das partes ainda não esteja consolidada<sup>118</sup>.

O agigantamento estatal, a atuação sobre a economia e a adoção de uma Constituição que é um verdadeiro projeto social, exigem um sistema jurídico dinâmico, um sistema aberto de regras, princípios e valores. Neste modelo, ao contrário de um monismo normativo e político, têm-se um pluralismo de fontes diretas do direito e um pluralismo de poderes competentes para emaná-lo.

Diante dessas enormes diferenças entre o presente modelo e o Estado Liberal, não é difícil compreender a guinada de cento e oitenta graus que a atividade jurisdicional e a atuação do juiz sofreram no Estado Social. (...)

No entanto, não obstante todo esse agigantamento da figura do juiz, não foram estruturalmente alterados os deveres e prerrogativas dos demais participantes da relação processual sob a égide do Estado Social e nem estimulado o desenvolvimento dos equivalentes jurisdicionais.

Apesar de o Brasil constituir um Estado Democrático de Direito, o Judiciário pátrio dos dias atuais ainda finca suas raízes num modelo monopolístico, individualista e pouco cooperativo, o qual admite mecanismos de solução privada de conflitos em caráter excepcional<sup>119</sup>.

Com o amadurecimento do Estado Democrático de Direito, espera-se um Estado-juiz mais integrado com a sociedade, voltado para a racionalidade comunicativa e, com participação dialógica das partes, para que seja prestada uma tutela realmente eficaz, a qual pacifique o conflito<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> PINHO, H. D. B. de; DURÇO, K. A. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 2, v. 2, jan. a dez. 2008. Disponível em <http://www.redp.com.br>, p. 5-6. Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>119</sup> SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

<sup>120</sup> O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelo desfecho da relação processual. Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a ideia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto. “E tal superação, em verdade, deve ser buscada tanto no interior da própria jurisdição como por métodos não jurisdicionais de pacificação social, tal qual é a mediação”. (PINHO; DURÇO. Ob. cit., p. 09-10); interessante também verificar a análise complementar de Michele Paumgarten sobre o tema ora tratado: “Pautada numa prática discursiva que se revela através do artifício comunicativo desenhado por Habermas, encerra-se num amplo processo de argumentação influenciando pelo reconhecimento do outro, rompendo-se a figura do amigo-inimigo arraigada no processo judicial tradicional. Ao contrário das premissas do agir comunicativo, diante da discórdia num processo judicial é associada uma estratégia de justificação, que consiste numa bateria de argumentos que são enfatizados pelas partes em litígio com o intuito de defender sua causa ou enfrentar a crítica numa situação de discórdia. A ideia discursiva é enunciada a partir do reconhecimento de que os conflitos nunca desaparecem por completo, mas

Se a evolução da função judicial acompanha o modelo de Estado, haja vista que se reflete no Judiciário a forma de se governar a sociedade; sendo o Estado autoritário, a atuação do juiz é pouco criativa e se pauta na conservação do *status quo*. Vigorando o Estado Democrático, a independência do magistrado garante-lhe atuação mais enérgica no controle de constitucionalidade das leis e na interpretação das normas jurídicas<sup>121</sup>.

Alinhado à ideia, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira defendia que o processo não é fruto da técnica, mas de diversos fatores interdisciplinares, pertencente à cultura de uma sociedade.

É fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo por consequência inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço.

Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado.

Nessa perspectiva, o tema dos poderes do juiz constitui um dos mais fascinantes da dogmática processual civil, porque se vincula estreitamente à natureza e à função do processo, à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos e, ainda, ao papel que é atribuído ao magistrado, na condução e solução do processo, em consonância com os fatores acima mencionados.<sup>122</sup>

Luigi Ferrajoli apresenta outra perspectiva sobre o que seria a jurisdição, definida esta como instrumento fundamental de atuação de direitos. Para o doutrinador, a jurisdição seria

---

se transformam e necessitam de monitoramento para que sejam mantidos sob controle e preservados os vínculos que unem os sujeitos em litígio”. (PAUMGARTTEN, M. P. op. cit. p. 141).

<sup>121</sup> “Cada pueblo, cada sociedade, cada época, ha visto la idea esencial de la vinculación del juez a un principio externo, de manera diferente, sea porque sus concepciones jurídicas generales, sea porque sus realidades sociales fueron peculiares y distintas”. Cf. GUSMÁN, Alejandro. La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea. In: \_\_\_\_\_. *La función judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 205.

<sup>122</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br). Acesso em: 15 jul. 2015.

uma garantia secundária, cuja função é de garantir a *justicialidade* das violações dos direitos, ou seja, permitir que qualquer direito seja afirmado e assegurado pelo Estado-juiz<sup>123</sup>.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, e dentro desta perspectiva neoconstitucional e democrática, importante realizar algumas considerações pormenorizadas dessa via de resolução de conflito.

### 3.1 Aplicabilidade

Humberto Dalla define a mediação “*como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito*”<sup>124</sup>. Prossegue em sua exposição ressaltando que “*esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual*”<sup>125</sup>, ressaltando que:

o papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.<sup>126-127</sup>

<sup>123</sup> “*Il primo passo in questa direzione é suggerito dal critério già segnalato secondo cui la giurisdizione si definisce e contrassegna principalmente come accertamento delle violazioni del diritto: degli atti invalidi e degli illeciti*”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Giurisdizione e democrazia*. Revista da AJURIS, ano XXVI, nº 75, setembro de 1999, vol. 1, p. 432.

<sup>124</sup> PINHO, H. D. B. de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>125</sup> O Uniform Mediation Act dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”. Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>.

<sup>126</sup> PINHO, H. D. B. de. *op. cit.*

<sup>127</sup> Maria de Nazareth Serpa, mediação “*é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões*”. (SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 90); José Maria Rossani Garcez afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2ª ed., p. 35); Roberto Portugal Bacellar define mediação como uma “*técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”. (BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174); Para Gladys Stella Álvarez a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual um tercero neutral – el*

Normalmente, recorre-se à mediação após diversas tentativas fracassadas de negociação diretamente pelas partes da relação jurídica conflituosa, quando então procuram um terceiro que possa auxiliá-las a chegar a um consenso<sup>128</sup>, que sabem ser possível, mas são incapazes de obter<sup>129</sup>.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito. Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos<sup>130</sup>.

É importante destacar expressamente que a mediação pode ser judicial ou extrajudicial. A mediação encontra-se resguardada pelo princípio da autonomia da vontade. Assim, as partes que queiram realizar uma autocomposição, poderão fazê-lo a qualquer tempo, sem quaisquer amarras legítimas por parte do ordenamento jurídico. A regra em voga é a liberdade plena, e eventual limitação somente pode ser aceitável quando em jogo uma cláusula que restrinja direito indisponível de uma das partes. O caso é bem simples e muito intuitivo: se é reconhecida a validade de acordo extrajudicial sem a interferência de pessoa estranha à relação jurídica, porque não poderia ocorrer o mesmo quando da utilização do instituto da mediação? Nesse sentido, ocorre a compatibilidade manifesta da teoria dos poderes implícitos no que concerne à atuação das partes.

---

*mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a um acuerdo*”. (ÁLVAREZ. Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 135)

<sup>128</sup> No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada”. *op. cit.*, p. 147.

<sup>129</sup> Afirma João Roberto da Silva que “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade”. (in *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 15).

<sup>130</sup> PINHO, H. D. B. de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

Aprofundando mais ao cerne do capítulo, é interessante pontuar que uma das primeiras características da mediação é a sua voluntariedade<sup>131</sup>. Portanto, sua realização deve ser incentivada e, de maneira alguma imposta. Entretanto, os sistemas contemporâneos (principalmente o romano-germânico), estão caminhando na contramão deste posicionamento, instituindo a mediação obrigatória para impor um filtro ao acesso à justiça, tendo como um dos argumentos de que não há princípios absolutos. Contudo, o problema de obstar o acesso à Justiça é o esvaziamento do próprio direito a ser resguardado, tendo em vista que sem a possibilidade ou mecanismos adequados e efetivos de sua exigência, acaba-se na situação de sua não existência concreta<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> Teresa Wambier traça um panorama interessante sobre a situação do processo e do Judiciário no mundo para responder a pergunta que figura no título de seu artigo “Mediação Obrigatória é a melhor escolha?”: *“Mediation is a method of solving disputes which can be considered to be an ADR. The acronym ADR represents a broad expression conceived in the sixties, by the common law world, to identify collectively methods or procedures to solve disputes which are different from litigation before State Courts. In the last 40 years, most legal systems of the East have experienced a significant increase in the number of cases. This litigation explosion has many complicated grounds but most legal writers recognize that the creation of new rights such as minority rights, consumer rights and so on played a significant role in creating the so called “litigious” societies. The USA is considered to be the birthplace of ADR. This was the situation in the USA – overcrowded courts and new rights – which contributed to the need for new methods of settling disputes. The overloading of Courts, buried under the pressure of an unprecedented backlog, brought about the necessity to find different methods to settle cases, to solve disputes. Litigation was too slow, too expensive and too burdensome. ADR is considered to be quicker, cheaper and leads to greater satisfaction of interested parties. Before broaching the main topics of this paper, it is convenient to make a terminological distinction: mediation can be evaluative, when the mediator proposes a deal to the parties; or facilitative, when the task of the mediator is limited to leading the parties to an agreement, and he or she neither suggests nor imposes its terms. In Brazil, and in most countries of South America, only the latter style of mediation is considered to be true mediation. We call conciliation the process of assisting the parties in their dialogue with suggestions of possible settlements, and it is led by a conciliator not by a mediator. In Europe, there is a clear tendency, manifested in a Directive of the year of 2008, to consider mediation as a “facilitative process tool”, which would mean an important difference in relation to conciliation. Conciliation is a clear example of an “advisory process” device, which allows the dispute resolution practitioner to make suggestions or formal recommendations regarding the merits of the case, although not binding. In the terminology that we are going to employ in this paper, mediation is facilitative. So, evaluative mediation is not going to be considered real mediation, but is going to be named conciliation. Mediation can be mandatory, i.e. it can be seen according to statutory law as a necessary step to be taken by the parties before they go to Court. It has been noted that it is a tendency of the majority of legal systems not to consider mediation as mandatory, as a rule. Only in some specific circumstances would mediation be a precondition for somebody to litigate before the Judiciary. **Certainly, this is due to three reasons: Firstly it could be seen, to a certain extent, as an offence to the principle of access to justice. In fact, the adoption of mandatory mediation raised this discussion in many countries, such as Brazil, Italy, England and Germany. Secondly, mandatory mediation could be counterproductive. Instead of favouring the ADR culture, mandatory mediation can provoke a contrary reaction, the unwillingness of society to accept it, as happened in Italy and in Argentina. Furthermore, one cannot forget that mediation is not recommended for each and every kind of dispute. It is considered that mediation is the ideal way to solve controversies arising from relationships which will continue after the settlement**”.* (WAMBIER, T. A. A. *Mandatory mediation: Is it the best choice?* Revista de Processo, v. 38, p. 413-451, 201).

<sup>132</sup> Nicola Picardi, em sua obra “*Jurisdição e processo*”, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008”, ressalta a função garantidora da jurisdição que têm como característica a possibilidade de assegurar a dedução de um direito pelo jurisdicionado como forma de proteção e efetividade da Carta Constitucional.

É possível citar a Itália, como exemplo, pois uma lei de seu ordenamento que determinava a tentativa de mediação como condição de procedibilidade foi julgada inconstitucional, mas tão somente pelo critério formal, porque a espécie utilizada não era adequada para tal finalidade<sup>133</sup>. Para sanar tal vício e permanecer com o mesmo direcionamento, recentemente foi editada uma nova lei, retificando o vício formal anteriormente apontado pela Corte Constitucional italiana, que expôs a necessidade da previsão da matéria em um Decreto Executivo, que aguarda aprovação do parlamento<sup>134</sup>.

No Brasil, há o exemplo das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, que foram julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2160, em 2009<sup>135</sup>.

Interessante notar, todavia, que existe uma espécie de conciliação obrigatória no sistema brasileiro sobre o qual não há discussão: as audiências previstas na Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, nas quais a ausência do réu em qualquer uma das duas legalmente previstas importa, necessariamente, sua revelia; para o credor, por outro lado, o não comparecimento gera a contumácia, mesmo que sua falta ocorra por motivo justificado, sendo

<sup>133</sup> Decisão da Corte Constitucional da Itália: La fattispecie qui in esame è, invece, diversa: a parte la differenza di contesto, essa delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, alla stregua delle considerazioni sopra svolte, il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega. Né varrebbe addurre che l'ordinamento conosce varie procedure obbligatorie di conciliazione, trattandosi di procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame. Infine, quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia. In definitiva, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. La declaratoria deve essere estesa all'intero comma 1, perché gli ultimire periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi. Íntegra disponível em [http://www.ordineavvocatitreviso.it/sito/images/stories/2.DISPOSITIVO\\_C.\\_COST.\\_272-12.pdf](http://www.ordineavvocatitreviso.it/sito/images/stories/2.DISPOSITIVO_C._COST._272-12.pdf).

<sup>134</sup> Informação amplamente divulgada na imprensa e comunidade jurídica italianas. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63374>. Importante salientar que a classe dos advogados exercem enorme pressão para o parlamento não aprovar por receio de perda de mercado.

<sup>135</sup> Decisão Supremo Tribunal Federal: Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT — para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão — v. Informativos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar. ADI 2160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009. (ADI-2160).

importante observar que a justificativa tem a estrita consequência de desincumbir, a partir da discricionariedade do magistrado, a obrigatoriedade do pagamento das custas e taxas judiciárias do processo, que por sua vez inexitem na gigantesca maioria dos casos<sup>136</sup>.

### 3.2 Obstáculos

Outra característica já abordada anteriormente, que vale rememorar, é sua maior efetividade e maior probabilidade de sucesso em relações de trato continuado, nas quais as partes sabem que precisam permanecer em contato com o mínimo de harmonia. A mediação é muito mais recomendada para essas hipóteses por conta de suas técnicas de tentativas da resolução do problema. O mediador tem a missão de desconstruir todas as resistências das partes de forma a tornar possível que ambas, em conjunto, resolvam o conflito.

Conforme expõe Humberto Dalla, no âmbito da mediação, o mediador se depara com algumas barreiras para a efetivação da negociação, as quais podem ser classificadas como pessoais, as impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de negociação, ou institucionais, quando advêm de entidades ou grupos políticos e sociais organizados, que se referem à falta de confiança em outras figuras que não o juiz, falta de informação acerca da matéria e a sua respectiva falta de uma sistematização bem estruturada<sup>137</sup>.

No que tange especificamente às barreiras pessoais, ocorre uma subclassificação, sendo a primeira delas circunscrita à estratégia, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar os seus ganhos e diminuir os benefícios do outro. A segunda é a utilização de um preposto para negociar em nome do titular do direito, o que dificulta a comunicação, pois fica evidenciada a impossibilidade de perceber a real intenção da parte. A terceira é a cognitiva, ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com

---

<sup>136</sup> Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo; § 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas. (BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*: Brasília: Senado Federal, 1995).

<sup>137</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a Necessidade de sua Sistematização no Processo Civil Brasileiro. p. 10. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A%20MEDIA%C3%87%C3%83O%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20SISTEMATIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf> Acesso em: 15 jul. 2015.

riscos e incertezas. A quarta consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem propostas feitas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por pura desconfiança<sup>138</sup>.

Outro trabalho importantíssimo a respeito do tema em voga é do professor de Harvard, Roger Fisher, que ensina como uma boa negociação deve ser feita, através de quatro parâmetros essenciais: (i) separar a pessoa do problema, (ii) concentrar-se no interesse final e não somente tentar marcar uma posição, (iii) observar/criar uma variedade de possibilidades; e (iv) fixar o resultado com algum padrão objetivo<sup>139</sup>.

Desta feita, é cristalino que somente através do diálogo amplamente arraigado do princípio da boa-fé objetiva que nasce a legitimidade da utilização da mediação para a resolução de conflitos na nossa sociedade.

Como outro ponto de ligação com o qual se comunica todo este sistema, a boa-fé incide no instituto, haja vista a realização de concessões, negociações, propostas e contrapropostas, no processo de acordo que somente serão possíveis com a existência da confiança tanto no órgão mediador quanto na parte contrária.

Não seria forçoso afirmar que inexistente negociação justa sem que as partes estejam em razoáveis condições de igualdade. Caso não haja equilíbrio na relação jurídica, não haverá mediação, mas sim o uso da força pela parte que tiver mais condições para conseguir uma solução amplamente vantajosa no processo.

Ao lado da boa-fé, como requisito necessário para uma boa execução de mediação, é a imprescindibilidade da existência concreta do princípio da igualdade, haja vista que uma relação em que não exista paridade e uma das partes se vale dessa vantagem, não age dentro dos parâmetros exigidos pela boa-fé<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a Necessidade de sua Sistematização no Processo Civil Brasileiro. p. 10. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A%20MEDIA%C3%87%C3%83O%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20SISTEMATIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>139</sup> FISHER, R.; URY, W. L.; PATTON, B. Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos sem Concessões. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

<sup>140</sup> “Antes mesmo da CF/88, professores como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe já discutiam a necessária participação no processo, e a sua relevância ao deslinde das causas. Hoje, inclusive, há quem considere, como Daniel Mitidiero, em recente tese de doutoramento, falou-se em uma quarta fase processual, qual seja, a da cooperação. Do mesmo modo, Dierle Nunes, aproximadamente na mesma época, considerou que o processo jurisdicional democrático é aquele que almejamos e que deve ser atingido”. (FARIA, Márcio Carvalho. A Duração Razoável Dos Feitos: Uma Tentativa De Sistematização Na Busca De Soluções À Crise Do Processo. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume VI. pp. 475-796); GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord).

O Supremo Tribunal Federal, já de algum tempo, assentou que a lealdade seria uma face da garantia constitucional do devido processo legal, o qual:

*(...) assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais (...)*<sup>141</sup>.

Joan Picó i Junoy<sup>142</sup> entende existir diversos fundamentos constitucionais da lealdade processual, embora tenda a concluir que a sua justificativa estaria encartada na análise conjunta dos arts. 6º e 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>143</sup>, os quais preceituam, respectivamente, o direito a um processo justo e a vedação ao abuso de direito<sup>144</sup>.

---

Participação e processo. São Paulo: RT, 1988; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009; NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>141</sup> Trecho do voto do Min. Relator Gilmar Mendes, nos autos do AI 529.733/RS, julgado pela 2ª Turma do STF em 17/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-06 PP-01174 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138. Mais adiante, no mesmo voto, continua o Min. Relator: “(...) A máxima do fair trial é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exerçam, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça. Contrárias à máxima do fair trial – como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos e incompatibilidades são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais. (...)”.

<sup>142</sup> PICÓ I JUNOY, J. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional*, in Revista de Processo, v. 196. São Paulo: RT, 2011, p. 131-162, especialmente p. 159-160.

<sup>143</sup> Article 6 – Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
  - a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
  - b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

Aplicando o princípio da lealdade processual, no concernente às tratativas da negociação, é intuitiva a necessidade de que as partes tenham plena consciência de tudo que pode acontecer nesse momento para celebração do acordo, revelando-se também neste sentido a igualdade negocial, concentrando-se no interesse final, para obter um grau relevante de previsibilidade de se atingir um resultado a partir de um padrão objetivo.

Dentro do estudo das formas de potencializar o acesso à justiça, Cappelletti, conforme já exposto, relata a necessidade de atentar para a desigualdade natural do ser humano<sup>145</sup>.

A primeira referência a essa disparidade fática é relativa aos recursos financeiros. Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única parte, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente<sup>146</sup>.

Um magistrado que não conduza o processo de modo proativo tende a deixar a discussão se prolongar, prejudicando o tempo do processo e, por conseguinte, a parte financeiramente mais vulnerável.

- 
- c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
  - d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
  - e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Article 17 – Prohibition of abuse of rights. Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention. (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>)

<sup>144</sup> FARIA, Márcio Carvalho. A Lealdade Processual, *O Projeto De Novo Código De Processo Civil Brasileiro e a Experiência Portuguesa*. Disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_1395\\_1430.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf) Acesso em: 9 jun. 2015.

<sup>145</sup> Sobre desigualdade ser um fator natural, ver: DALRYMPLE, Theodore. *A igualdade de oportunidade e a opressão do politicamente correto*. In Instituto Ludwig von Mises – Brasil. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1843>. Publicado em 12/04/2015. Acesso em: 27 abr. 2015.

<sup>146</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Outro ponto que denota necessidade de preocupação, também sob o viés financeiro, é a chamada *capacidade jurídica pessoal*<sup>147</sup>. O acesso à educação dentro da realidade, cria um óbice quase intransponível na questão, diante da falta de ciência e compreensão acerca da própria existência de um direito. Observando-se os dados do Censo 2010<sup>148</sup>, apontando que o País tem 14.612.183 de analfabetos, representando 9,02% da população pesquisada, conclui-se que quase um em cada dez brasileiros que já deveriam ser alfabetizados, não sabe ler nem escrever. Quando se analisa os números do analfabetismo funcional (pessoas que tem escolaridade de até 3 anos de estudo), o número dobra e passa para taxa de 20,3%, o que gera certeza absoluta quanto ao acerto do posicionamento adotado neste tocante. Levando-se em conta que mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias, faltando-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a eles, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção, demonstra-se a importância de vislumbrar um arranjo normativo e voluntário de modo que se possa atenuar esse panorama.

Um dado relevante que guarda relação com disparidade da relação refere-se à experiência de litigância das partes. Marc Galanter realizou uma pesquisa exatamente sobre as vantagens do litigante habitual para o litigante eventual quando em disputa em juízo: (i) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; (ii) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; (iii) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância que decidirá sua causa; (iv) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e (v) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que em função dessas vantagens os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os individuais.<sup>149</sup>

Nesse sentido, cabe repisar a bandeira levantada por José Carlos Barbosa Moreira de que a paridade de armas deve ser assegurada sob todas as circunstâncias do processo. Dessa

---

<sup>147</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>148</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *CENSO 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>149</sup> Cf. Galanter, Marc (1974) "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Changes," 9(1) *Law & Society Rev.* 95; — (2004) "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts," 1(3) *J. of Empirical Legal Studies* 459; \_\_\_\_\_. "Afterword: Explaining Litigation". In *Law and Society Review*, v.9, 1975.

maneira, a instrução processual realizada pelo juiz, em verdade, reequilibra a balança da justiça<sup>150</sup>.

Destarte, atribuir ao magistrado as ferramentas indispensáveis para conduzir o processo a um resultado justo é ratificar sua imparcialidade, fortalecendo a missão da jurisdição, enquanto fechar os olhos para tal situação é que se incorreria numa omissão cruel.

Ora, se durante o processo, há instrumentos que possibilitem o julgador de equilibrar a relação processual, na mediação estes mecanismos não devem ser olvidados, mesmo havendo um caráter mais célere e rarefeito quando se tem como comparação um ato complexo (mediação) e o processo como um conjunto de atos (simples e complexos) sobre os quais incidem sobremaneira os princípios constitucionais.

---

<sup>150</sup> BARBOSA MOREIRA. *Temas de Direito Processual* – 9. s., Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

## 4 REALIDADE NORMATIVA DA MEDIAÇÃO

Cabe realizar uma análise legislativa relativa a essa figura de modo a ser possível traçar os objetivos pretendidos pelo legislador para a mediação. Para tanto, interessa recorrer ao texto do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73)<sup>151</sup>, do novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC-2015)<sup>152</sup>, bem como outros dois diplomas normativos, quais sejam a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a novíssima Lei nº 13.140, de 2015, que regulamenta a mediação no País.

### 4.1 O CPC de 1973 x NCPC-2015: a mudança foi para melhor?

O procedimento do CPC-73 não disciplina a matéria expressamente, mas apresenta uma audiência preliminar em seu procedimento ordinário na seguinte sequência: petição inicial, espécies de resposta, chegando, logo após, ao capítulo do Julgamento Conforme o Estado do Processo. Neste momento, há a previsão de extinção do processo, nos termos dos arts. 267 e 269, passando pelo Julgamento Antecipado da Lide e, se não for o caso de qualquer destas hipóteses, o CPC-73 determina que, versando a lide sobre direitos disponíveis, o juiz marcará audiência preliminar, a qual tem por escopo a obtenção da transação (art. 331 do CPC<sup>153</sup>). Tal objetivo é extraído a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do §3º do mesmo dispositivo ora analisado, pois caso se trate de um o litígio

---

<sup>151</sup> BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 1973.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

<sup>153</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

que verse sobre direito indisponível ou se não houver possibilidade de acordo, sequer ocorrerá a audiência.

Art. 331.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

Portanto, é uma medida que se toma por benéfica, visto que o caso estará minimamente desenhado de forma a possibilitar às partes prever a viabilidade da realização de uma transação, quando se observa que as partes apresentaram todos os argumentos de fato e de direito que detinham em seu favor.

No entanto, adotando os moldes existentes nos Juizados Especiais, o NCPC-2015 transferiu o momento desta audiência para um momento anterior à apresentação de uma resposta do réu:

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

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II – no processo em que não se admita a autocomposição.

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

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, **cujo termo inicial será a data:**

I – **da audiência de conciliação** ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II – **do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação** apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I; (grifei)

Tal proposta de modificação se deu, basicamente, por força dos princípios da celeridade e efetividade, que balizam todo o procedimento do novo CPC. A Comissão de Juristas do Senado<sup>154</sup> tentou evitar que o desgaste existente no decorrer das etapas do processo até chegar o momento da audiência preliminar aniquilasse qualquer possibilidade de

<sup>154</sup> Comissão composta pelos professores: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes. Ver também: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

formalizar um acordo no processo, esquivando-se do pensamento corriqueiro de “se já veio até aqui, vamos até o final” ou “eu dou um boi para não entrar numa briga, mas pago uma boiada para não me tirarem dela”. A questão aqui é do ponto de vista meramente de escolha e tentar algo novo que possa gerar maior fluidez e celeridade na resolução do processo.

Entretanto, ousa-se discordar dessa modificação, pois, como se verá adiante, infelizmente, a transposição para realização anterior à contestação visando à concretude dos princípios mencionados anteriormente, acaba por inviabilizá-la por dois motivos: (i) não observância do princípio da igualdade e (ii) dificuldade de negociação.

Nos Estados Unidos, o *adversary system* para a colheita de provas ocorre na *pre-trial*, ou seja, antes de se ingressar com uma ação no Judiciário, no momento em que se prepara a demanda, há a colheita de provas. Tem-se então uma fase pré-processual em que as partes já produziram as provas e deram plena ciência à outra dos argumentos e provas que possuem pró e contra.

Assim, após o término desta produção probatória pré-processual é que geralmente ocorrem os acordos, na grande maioria dos casos, e não chegam a ingressar no Judiciário, pois há um grau de previsibilidade muito grande do que pode ocorrer, auxiliando de maneira muito eficaz a forma como se procederá a negociação.

Ao suplantando uma etapa importantíssima do processo, qual seja a resposta, estar-se-ia retirando do autor a possibilidade de se obter um grau maior de conhecimento acerca da sua lide e, conseqüentemente, da negociação, inviabilizando-a e podendo ser prejudicial para ambos, visto que, conforme o argumento e provas trazidos pelo réu, ele poderia ter uma margem de negociação mais abrangente, ajudando todo o procedimento.

Dessa forma, a relação entre autor e réu continua desequilibrada, haja vista que o réu terá mais informações do que o autor e, ao se pensar em uma relação que materialmente já é desigual por conta de maior aparato técnico, jurídico ou econômico do réu, por exemplo, esta situação torna-se difícil de se superar *in concreto*.

Destarte, posicionar a audiência após análise da inicial com o objetivo de tentar desde logo obter um acordo para encerrar o processo, gerará, em regra, o seu atraso ou o esvaziamento da norma, funcionando como espécie do que se poderia denominar de barreira legal, pois ou as partes comparecem e não celebram acordo, ou informam que não possuem interesse na realização da audiência, ou, em um quadro recorrente do Juizado Especial e do procedimento sumário, conforme se verificará a seguir, celebram um acordo viciado, não atingindo qualquer finalidade do processo ou do princípio constitucional.

## 4.2 Mediação no novo CPC

O direito processual civil brasileiro foi submetido à reformas esparsas desde a década de 1990, sempre com o objetivo de conferir maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional, como a previsão no ordenamento da tutela antecipada, por exemplo. No entanto, essas reformas pontuais não obtiveram êxito em garantir maior efetividade ao processo judicial, em razão de causas como a permanência do excesso de formalidades, a litigiosidade desenfreada e a previsão excedente de recursos.<sup>155</sup>

No que se refere à disciplina da mediação, o NCPC prevê regras exclusivamente direcionadas para a realizada no âmbito do Poder Judiciário, o que, conforme já exposto, não exclui a possibilidade de realização de mediação extrajudicial.

Vale frisar que o projeto do novo Código de Processo Civil, ao prever regras de mediação, pretende instituir um meio integrado de solução de conflito e não meramente acessório ou alternativo. Como bem ressalta Leonardo Carneiro da Cunha:

Há (...) uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de *juízo*, mas de resolução de *conflitos*. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.<sup>156</sup>

Nesse sentido, destaco o art. 3º do NCPC, alocado nas normas fundamentais que assim dispõe:

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.

---

<sup>155</sup> FUX. L. *op. cit.* p. 4-6

<sup>156</sup> CUNHA, L. C. da; AZEVEDO NETO, J. L. L. de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In: FREIRE, A. (et. al.). *op. cit.*, p. 197.

A localização topográfica do dispositivo no capítulo de normas fundamentais revela a inclinação do NCPC para angariar esforços de todas as formas a fim de resolver os conflitos de uma forma não só quantitativa, mas também qualitativa, quando, na medida do possível, as partes saíam satisfeitas pela solução encontrada.

Outra notável alteração digna de aplausos realizada pelo NCPC é a criação de uma estrutura em que se possa qualificar e implementar dignamente o instituto da mediação.

Primeiramente, o legislador inclui expressamente a figura do mediador e do conciliador como órgãos auxiliares da justiça, integrando a participação da sociedade no processo, dotando-o de maior controle e gerando um bônus democrático muito maior pelo reconhecimento da necessidade dialógica no âmbito desse novo processo criado por um diploma normativo em uma democracia. Eis o dispositivo transcrito para verificação:

#### DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

Mais adiante, o legislador regulamenta finalmente o instituto da mediação e conciliação judiciais, determinando a criação de centros judiciários de solução de conflitos, por exemplo, conforme estabelecido pelo art. 165:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 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.

No dispositivo que inicia a regulamentação, o legislador estabelece as diferenças entre as figuras do mediador e do conciliador: enquanto o conciliador fará sugestões para solucionar o caso, atuando de modo ativo, no sentido de levar proposições, o mediador atuará de forma

passiva, porquanto irá agir de modo a enfraquecer os óbices que estão entre o conflito e a solução, devendo incentivar que as próprias partes tragam suas proposições e encontrem um meio termo.

O NCPC traz os princípios informativos da mediação e conciliação, estruturando, por conseguinte, as bases sobre as quais os agentes públicos promoverão a implantação dos centros de conciliação e os operadores do direito deverão atuar em todo caso passível de consenso.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

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

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

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

Importante notar que, a despeito do trabalho propoz que a igualdade de condições entre as partes é uma condição a ser perseguida no caso concreto, o legislador ordinário não elencou no rol de princípios presentes na mediação. Isso faz cair por terra toda a exposição?

A resposta é inexoravelmente negativa! Em primeiro lugar, o dispositivo trata de princípios que informam a mediação. Assim, eles funcionam como um vetor interpretativo, que até poderia ter um efeito concreto de maior valor, mas, em tese, parece-me que a questão foi somente fixar parâmetros construtivos na forma de aplicação das normas no caso concreto.

Em segundo lugar, a presente proposta trata de estabelecer a igualdade de condições no plano processual não como um critério de balizamento, mas sim como uma determinação reta, concreta e efetivamente obrigatória a ser observada por todos que participam de alguma forma das tratativas da composição.

No entanto, é preciso apontar um fundamento jurídico inequívoco e direto que possa conceder a força coercitiva necessária para que essa observação lógica também seja possível e exigível de se verificar na realidade prática forense. Partindo dessa assertiva, destaca-se a parte geral do NCPC, que é uma das grandes inovações da novel codificação. Nos

dispositivos tratados desde o art. 1º até o art. 12, estão valores obrigatórios que devem ser verificados em cada caso a ser analisado pelo operador.

Mas para o estudo ora proposto, em específico, há a necessidade de destacar três dispositivos, ou seja, o fundamento jurídico em que se constrói a tese equivale a nada menos do que um quarto das normas fundamentais diretas, contidas nos arts. 5º, 6º, 7º, contando com o art. 3º já tratado. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O princípio da boa-fé é traduzido processualmente na lealdade processual, conforme já antecipado. Agir com lealdade significa não utilizar artifícios ilegais ou imorais – ainda que legalmente previstos – para atrapalhar o correto andamento do processo. Esta pode ser uma perspectiva negativa, no sentido de uma proibição ou obrigação de não fazer. De outro lado, o princípio da lealdade determina que as partes ajam proativamente de acordo com a legislação vigente. Significa dizer que o indivíduo deverá cumprir espontaneamente o mandamento legal haja vista a existência de uma obrigatoriedade de observância de tal princípio.

Ocorre que no dispositivo seguinte, ao estabelecer que as partes devam cooperar entre si, o legislador determina um passo além. Se, num primeiro momento, é preciso fazer apenas o que a lei manda, que a norma estaria satisfeita. No quadro em tela da cooperação, as partes devem se ajudar para obtenção de melhor elucidação do caso. Esse dever de cooperação para aclarar os fatos que dão origem ao processo é extraível de uma interpretação conjunta com a parte final do dispositivo que faz referência expressa a uma decisão justa e efetiva, num perfeito acertamento do processo justo já apresentado neste trabalho.

Coroando esse aspecto dos fundamentos integrativos da igualdade na mediação no âmbito do NCPC, chega-se ao art. 7º que expressamente prevê a paridade de armas no processo, com um mandamento direto ao exercício da jurisdição para zelar pelo contraditório como uma forma de restabelecer o equilíbrio.

Sendo certo de que normas específicas devem seguir os parâmetros estabelecidos pelas normas gerais, não é forçoso vislumbrar que, além da lógica argumentativa fortalecedora da intuição e do sentimento de injustiça que gera pensar em duas partes desiguais negociando, a

novel diplomação é robusta em fontes que instrui o operador do direito e que a levam à mesma justificativa de proposta deste trabalho.

Após essa justificativa, cumpre tecer alguns comentários acerca de outros dispositivos relevantes, que estruturam a mediação. O art. 167 estabelece uma forma de controle, determinando que mediadores e conciliadores extrajudiciais mantenham um cadastro profissional junto ao Conselho Nacional de Justiça.

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.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

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

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

A título de informação, manter um cadastro junto ao CNJ é uma medida facilitadora para aqueles que buscam essa forma de resolução de conflito. Entretanto, cabe lembrar que um dos princípios informativos da mediação declaradamente expresso no NCPC é a autonomia da vontade. E se as partes quiserem um mediador que está fora dos registros do CNJ, poderão fazê-lo? Creio que em uma primeira leitura, o intérprete é induzido a entender pelo não cabimento. No entanto, inexistindo proibição expressa, a regra é a liberdade quando se trata de mediação extrajudicial, o que dá espaço para defender que o dispositivo cria um

cadastro e o mediador que quiser poderá se inscrever, mas que tal registro não é obrigatório tanto para a realização de sua atividade, quanto para a validade da solução adotada. Assim, o cadastro levaria maior visibilidade à atuação do mediador, que teria a seu favor um certificado de qualidade pelo governo, mas isso não poderia se tornar uma reserva de mercado, sob pena de corromper um dos princípios basilares da mediação. É exatamente nesse sentido que o legislador esclarece mais à frente no §1º do art. 168:

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

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

De forma a corroborar que a pedra fundamental da mediação é o direito à liberdade, o art. 175 expressamente traz a não taxatividade das formas de realização de conciliação e mediação extrajudiciais, revelando que as regras em harmonia de compatibilidade com o âmbito privado auxiliarão na formação desse procedimento.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Chama atenção o art. 169 quando disciplina a remuneração do conciliador e do mediador. Mantendo a linha sistemática de organicidade do sistema, é importante ler este dispositivo como se ele estivesse sugerindo uma remuneração mínima, sendo plenamente possível às partes juntamente com o mediador fixarem uma forma diferente de remuneração, para mais ou para menos.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6o, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Outro destaque no dispositivo supra é a reserva de um percentual mínimo de conciliações e mediações gratuitas que os centros privados deverão realizar. Dentro de um quadro desenhado em que figuram coexistência a mediação judicial e a extrajudicial, resta a dificuldade de se entender o porquê da imposição às câmaras privadas. Afinal, o particular que não tem dinheiro para pagar poderá sempre contar com o serviço público para a resolução do seu caso. Quando se tem em mente que a medida serve como uma contrapartida de seu credenciamento, evidencia-se a voluntariedade, já que o cadastro não é obrigatório. Assim, se quiser um selo de qualidade do governo, é preciso cooperar com ele. Realmente uma medida excepcional.

O art. 173 estabelece as causas de exclusão do cadastro do CNJ:

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Relativamente à questão da exclusão em virtude de agir com dolo ou culpa e atuar mesmo nos casos de impedimento e suspeição, revela-se a necessidade de apontar que os acordos gerados por essa atuação viciada não serão nulos ou anuláveis por conta de uma irregularidade do mediador. As partes não podem ser penalizadas por uma irregularidade que não influenciou a obtenção do acordo. Cabe aqui uma ressalva, pois entende-se ter uma diferença nesse caso entre a conciliação e a mediação que é muito relevante: o conciliador sugere uma série de soluções e, caso sua atuação esteja viciada, a solução que ele incentivou influencia sobretudo a resolução do conflito, enquanto na mediação há uma atuação mais passiva em que o mediador auxilia a parte a proceder sugestões e/ou aceitá-las. É preciso defender que, a despeito da má-fé do mediador ou do conciliador, o acordo realizado pelas partes não é automaticamente considerado nulo ou anulável. É preciso haver um prejuízo demonstrado para que isso ocorra. Caso comprovado que outro mediador ou conciliador agisse da mesma forma, por exemplo, não caberia o desfazimento do acordo.

Grande inovação do NCPC é a criação de câmaras de conciliação e mediação especializada em questões da Administração Pública trazida pelo art. 174:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

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

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

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

Uma excelente iniciativa de tentar diminuir o número de processos dentro do Poder Judiciário, que se adequa com as defesas do presente trabalho de que a crise da superlitigiosidade é extraprocessual. O poder público é o maior litigante do País por força de sua evidente incapacidade de cumprir todas as promessas constitucionais e de campanha, levando a um grau elevado de insatisfação que, aliada a exigibilidade imediata trazida pelo neoconstitucionalismo, deflagrou uma chuva de ações judiciais, abarrotando o sistema como um todo. Ao tentar resolver administrativamente em momento prévio, o legislador atinge seu problema onde realmente interessa que é a satisfação do particular em ter sua questão resolvida, sem que precise aguardar anos ou buscar alguma indenização, tendo potencial para resolver boa parte dos problemas aqui já relatados.

É preciso ressaltar ainda que, no concernente à função da mediação judicial, Humberto Dalla entende que não deveria ser conduzida por juízes, promotores ou defensores públicos, mas sim por mediadores profissionais, principalmente em razão da imparcialidade na resolução da controvérsia. O magistrado que tenha participado da sessão de mediação poderia formar uma opinião pré-concebida sobre o caso, inviabilizando uma análise imparcial da produção de provas, por exemplo.

Por sua vez, no afã de compor o litígio mediante a realização de concessões no bojo da decisão judicial, o magistrado pode causar um estado de insegurança jurídica, pois estará deixando de aplicar a lei numa lide em que as partes não concordaram em se submeter ao método autocompositivo.<sup>157-158</sup>

---

<sup>157</sup> SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

<sup>158</sup> Esse método de composição do litígio pela oferta de concessões às partes, sem o prévio diálogo e consentimento delas, seria uma forma tortuosa de decidir por equidade, vez que o julgador pretende com isso

A realização da atividade por mediador profissional não significa perda de poder ou um retrocesso ao período iluminista, mas sim apreender que o Judiciário possui a relevante função de tutelar a lei, e se essa função ficar em desuso, a ordem jurídica estará seriamente ameaçada<sup>159</sup>.

Por sua natureza, a decisão judicial é externa às partes e, salvo quando se harmoniza perfeitamente com a pretensão deduzida em juízo ou encampa inteiramente a tese defensiva, não projeta nas partes uma sensação integral de *Justiça*, posto ser uma percepção *alheia* às partes sobre o que seria *justo* no caso concreto.

A autocomposição, por ser proveniente do entendimento humano entre as partes, faz mais do que definir uma norma jurídica: restaura a relação entre as partes e fortalece as bases da boa convivência social. (...)

O método de mediação responsabiliza as partes pela solução do problema. Expõe para os participantes, com naturalidade, que eles são os envolvidos e maiores interessados na composição da disputa, oportunizando-lhes uma solução idealizada por eles próprios, em conjunto, que com toda certeza, amoldar-se-á mais às suas concepções individuais de *Justiça* para o caso concreto, do que o faria uma sentença judicial prolatada por um terceiro.<sup>160</sup>

---

adaptar a lei às circunstâncias fáticas, porém, de acordo com seu ponto de vista individual ou conforme julgue de interesse para a coletividade. Ocorre que a decisão por equidade não se adequa ao Estado Democrático atual, principalmente num sistema jurídico romano-germânico, em que a jurisprudência ainda não se encontra consolidada. Como anota Lúcio Delfino, atuação do Poder Judiciário brasileiro está próxima da Escola Hermenêutica Realismo Jurídico Americano. “Mais relevante que estudar as legislações, meras fontes de presunção para vaticínios prováveis, era analisar o comportamento e a personalidade dos magistrados, sobretudo os fatores que os moldaram (sua educação geral e jurídica, seus vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social deles, a sua experiência política e jurídica, a filiação e a opinião política que nutriam, os seus traços intelectuais e temperamentais). Acima de tudo, se valorizaria a ideologia que cada julgador traz em si, fruto de sua própria história, de sua humanidade, ou seja, de entretens psicológicos e idiossincrasias de difícil identificação. O relevante era o resultado decisional pronunciado pelos juízes, não necessariamente resultante dos textos legais, pouco importando que com isso se afrontassem a certeza e a segurança jurídicas, desideratos considerados míopes e que deveriam sempre ceder espaço ante a evolução do Direito”. Apesar do substitutivo da Câmara dos Deputados ter retirado do projeto do NCPC o art. 120 que permitia a decisão judicial por equidade nas hipóteses previstas em lei, a justificativa apresentada no Relatório “Paulo Teixeira” afirma que a norma está sendo suprimida por se tratar de uma metodologia ultrapassada, podendo o juiz atualmente utilizar-se do princípio da razoabilidade como instrumento de interpretação da lei. DELFINO, Lúcio. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “Relatório Paulo Teixeira”. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. vol III. Salvador: Editora JusPodvm, 2014, p. 243, 249 e 250

<sup>159</sup> SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

<sup>160</sup> MENEZES, G. Q. T. de. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 186 e 187.

### 4.3 Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010

A elaboração da uma Resolução pelo CNJ foi no intuito de se obter uma “*eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário*”<sup>161-162</sup>.

Desse modo, o CNJ publicou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, estabelecendo:

uma 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.  
163

De acordo com Kazuo Watanabe, a referida Resolução criou um filtro da litigiosidade para assegurar aos jurisdicionados o acesso a um serviço de tutela jurisdicional efetiva e adequada<sup>164</sup>.

A norma regulou, dentre tantos temas, a necessidade de inserção de todos os órgãos do Poder Judiciário, prevendo parcerias com entidades públicas e privadas; preparação de profissionais capacitados para realizar as atividades exigidas; a criação de Núcleos

---

<sup>161</sup> Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

<sup>162</sup> O Poder Judiciário nacional está enfrentando uma intensa conflituosidade, com sobrecarga excessiva dos processos, o que vem gerando a crise de desempenho e a conseqüente perda de credibilidade. (...) É decorrente a crise mencionada, também, da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. (...) O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada ‘cultura da sentença’, que traz como conseqüência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. (...) A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição dos Judiciários para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas. (...) A redução do volume de serviços do Judiciário é uma conseqüência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental”. WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*. In: Revista de Processo, vol. 195, Maio/2011, p. 381.

<sup>163</sup> MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. *A bandeira da paz na Justiça Brasileira (nascimento, berço e vida durante a gestão inicial do CNJ)*. In: Idem. p. 74.

Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por juízes da ativa, aposentados e servidores.

Por fim, a Resolução nº 125, de 2010 do CNJ deve ser considerada principalmente como o primeiro passo para a regulamentação da mediação e uma forma de incentivo aos cidadãos de solucionarem seus conflitos por métodos consensuais<sup>165</sup>.

#### 4.4 A nova Lei de Mediação

O NCPC está em plena *vacatio legis* a fim de deixar as normas se acomodarem enquanto as pessoas vão tomando ciência de seus meandros, preparando-se para a nova forma de ver e viver o processo.

Como se já não bastassem todas as inovações trazidas pelo NCPC, enquanto toda a comunidade jurídica se atualiza com a disciplina da nova codificação, surgiu a Lei de Mediação, nº 13.140, de 26 de junho de 2015, poucos meses depois de tanta mudança já criada pelo NCPC.

Para enrolar um pouco mais o quadro, a nova lei de mediação entra em vigor antes das mudanças previstas pelo NCPC. Enquanto a nova lei de mediação começa a gerar seus efeitos a partir de dezembro de 2015, o Novo CPC passará a ser de março de 2016, numa demonstração do mais completo despreparo legislativo por parte de nosso Congresso Nacional ao não compatibilizar os diplomas minimamente nesse calendário.

Ainda que tenha sido configurada tamanha confusão, o intérprete deve recorrer ao critério de especialidade da norma para conceber qual aplicar no caso concreto. Dessa maneira, em princípio, a nova lei de mediação deve prevalecer sobre as mudanças relativas à mediação criadas pelo NCPC.

Passada essa curiosidade, vale destacar alguns dispositivos em face de sua compatibilização com o NCPC.

---

<sup>165</sup> SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

De forma a corroborar o sustentado neste trabalho, o princípio da igualdade é uma das bases da formação da mediação e, caso não verificável no acordo celebrado deve sim ser considerada a existência de vício intransponível, passível de anulação.

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

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Os parágrafos do dispositivo citado o aproximam da arbitragem quando mencionam a cláusula arbitral, entretanto, os efeitos são sensivelmente diferentes quando está expressamente estabelecido que não há obrigatoriedade do procedimento de arbitragem, mas tão somente quanto a uma tentativa. Isso ocorre pela voluntariedade que é característica da mediação, ao passo que a arbitragem se aproxima muito mais da jurisdição em que um terceiro impõe sua decisão às partes, cuja vontade se limita ao escolher não recorrer tão somente ao Judiciário.

É preciso destacar e aplaudir a ousadia do legislador no que tange ao objeto da mediação ao tratar dos direitos indisponíveis, revelando a possibilidade de se transigir, desde que exista um controle judicial, mediante oitiva do Ministério Público. O legislador foi muito preciso ao não proibir de plano essas hipóteses, delegando o controle da legalidade a partir das características do caso concreto, abrindo mais uma via de resolução de conflito ao mesmo tempo não deixando à própria sorte alguma parte eventualmente vulnerável.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Cabe aplaudir também o oferecimento de um modelo de procedimento da mediação, conforme transcrito a partir do art. 14, compreendendo a mediação extrajudicial e judicial. Confira-se:

Do Procedimento de Mediação  
Subseção I  
Disposições Comuns

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

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

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

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Nesta subseção, merece destaque especial a completa compatibilidade do procedimento de mediação com qualquer procedimento previsto no ordenamento jurídico como forma de processo, seja judicial ou extra, como no caso da arbitragem, havendo de se ressaltar o direito potestativo de suspender o processo, desde que as partes estejam de comum acordo para se dedicarem, exclusivamente, ao procedimento de mediação. Conforme estabelecimento topográfico, essa disponibilidade é referente aos dois tipos de mediação.

Seguindo na análise, convém enxergar os pontos especiais que demandaram maior cuidado do legislador para prever disciplinas distintas entre a mediação judicial e a extrajudicial.

## Subseção II

### Da Mediação Extrajudicial

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerará-se rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerará-se aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

O que se extrai dessa regulamentação são alguns requisitos “de capa” da mediação extrajudicial, não existindo uma amarra a forma pela qual ela será desenvolvida, deixando a matéria ser tratada por quem estuda novas técnicas, no âmbito da criatividade humana, que é infinita na busca por uma otimização de resultados.

Por fim, interessa saber como está o procedimento judicial frente ao que já foi abordado pelo NCPC:

## Subseção III

### Da Mediação Judicial

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

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

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

A mediação judicial está em plena conformidade com o NCPC. Isso se verifica na análise especificamente do art. 27, que reproduz o art. 334, *caput* do NCPC, demonstrando o cuidado especial do legislador ao não produzir antinomias<sup>166</sup>.

Esse é o panorama legislativo pátrio relativo à disciplina da mediação, que demonstra evolução no pensamento do legislador com as partes e com uma estruturação específica da mediação, que ainda tem longo caminho a percorrer, pois essas medidas são extremamente novas e a realidade dos fóruns, principalmente de regiões metropolitanas periféricas e de comarcas do interior, é complicada do ponto de vista de quem deve ter acesso à tutela jurisdicional adequada.

Sendo assim, com essa realidade precária e muito diversa desse projeto legislativo encabeçado pelo NCPC e pela nova lei de mediação, na inobservância de um princípio basilar normativo-constitucional na audiência, questiona-se: o acordo será passível de declaração de nulidade? Havendo decisão favorável ao autor da ação proposta, persistiria interesse de agir

<sup>166</sup> Contra: ver DUARTE. Zulmar. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. Jota. Disponível em: <http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>.

em eventual ação anulatória por ele proposta? Quais os limites da instrumentalidade das formas?

Estas são apenas algumas dentre tantas questões a responder ou pelo menos indicadas como casos a se refletir de maneira mais minuciosa.

## 5 A MEDIAÇÃO NO MUNDO CONCRETO

O problema de se inverter o interesse na implementação de uma instituição é exatamente de desvirtuá-lo e, por conseguinte, gerar prejuízos aos que se utilizaram dele. Observar a mediação tão somente do ponto de vista de desafio judicial é, sem dúvida, a hipótese típica dessa assertiva.

No momento em que não são observados os requisitos mínimos para a realização de um ato processual, quando realizado, ele será nulo, a menos que se atinja sua função e que não traga prejuízo a outrem.

Pois bem, ao invés de incentivar, o Poder Público força o jurisdicionado a realizar o acordo e, mesmo o autor auferindo algum rendimento da transação realizada, é da natureza deste ato negocial a concessão do que pretendia receber, traduzindo-se, por conseguinte, em causa de prejuízo ao particular, sob o argumento de uma resposta célere escolhido racional e livremente<sup>167</sup>.

Tal afirmativa não poderia ser mais reprovável, quando essa pressão exercida pelo Poder Público é feita de maneira omissiva, principalmente quando se observa que grande parte das ações que tramitam no País é em face dos órgãos da Administração Pública e, nos Juizados Especiais, de particulares em face de sociedades empresárias de grande porte<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Anteendo a aproximação do colapso, alguns tribunais de Justiça buscaram enfatizar a conciliação judicial e pré-processual, como formas de impedi-lo. Em São Paulo, a partir de estudos do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), o Tribunal de Justiça autorizou, em meados de 2004, a aplicação em plano piloto do Projeto de Gerenciamento de Casos, nas Varas de Serra Negra (...) e de Patrocínio Paulista (...), utilizando-se de duas vertentes: 'a) melhor equacionamento das atividades do magistrado e da unidade judicial; b) inserção de técnicas de mediação nos processos em curso' e que permitam a concretização dos Provimentos CSM nº 893/04 e 953/05, neste último com lições sobre a instalação de Vara gerenciada, através de Setores de Conciliação e Mediação". NETO, Caetano Lagrasta. *A conciliação judicial – Avanços, retrocessos e esperança*. In: GRINOVER & WATANABE, *Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 97; Como exemplo, num período de cinco anos, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região realizou 4.900 audiências de conciliação, resultando em 3.345 acordos. Foram realizados mutirões pelo Tribunal mencionado, como o previsto na Resolução nº 18/2005, principalmente com os processos do Sistema Financeiro da Habitação (SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.)

<sup>168</sup> Conselho Nacional de Justiça, 2014; Em relação aos litígios que tramitam no Judiciário, o Relatório do 4º Trimestre de 2012 conclui que “a principal motivação do uso do Judiciário pelos entrevistados está relacionada aos conflitos derivados das relações consumistas (cobrança indevida, cartão de crédito, produtos com defeito etc.) com 31%. Em segundo lugar, estão os problemas derivados das relações de família (22%), seguidos pelas questões que envolvem relações trabalhistas (demissão, indenização, pagamento de horas extras etc.), com 18%.”. Nessa pesquisa, 66% aceitariam resolver seu conflito por outro profissional que não fosse o juiz. (SANTANNA, A. C. S. *op. cit.*).

Um dado relevante é que grande parte da população é favorável a resolver seus conflitos amigavelmente, a despeito da superlitigância, conforme demonstrado em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, denominada “Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil)”:

Ao final do conjunto de questões sobre o Judiciário e a resolução de conflitos, perguntamos aos entrevistados se, na hipótese de enfrentarem algum tipo de conflito, eles aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa que não um juiz. No segundo e terceiro trimestres de 2012, 71% dos entrevistados responderam positivamente à questão, declarando que aceitariam procurar solucionar o seu conflito por meios alternativos.

Quem mais se mostrou disposto a realizar acordos extrajudiciais foram os entrevistados mais jovens, com maior renda e maior escolaridade. Dentre os respondentes, aqueles que já utilizaram o Judiciário são os que em maior número aceitariam utilizar meios alternativos de resolução de conflitos.

Isso mostra que, com as ferramentas corretas que demonstrem confiança e segurança na efetividade de obter justiça, certamente o cidadão recorrerá mais à mediação.

Outro fato é que particular que litiga com grandes sociedades empresárias ou com a Fazenda Pública está em nítida desvantagem e a “inversão do ônus da prova” ou a “responsabilidade objetiva” não são o bastante para equilibrar tal calvário.

Ao propor uma ação nessas hipóteses, o indivíduo tem plena ciência de que haverá uma série de obstáculos à sua vida normal que durará por anos até o eventual recebimento do que lhe é devido, consoante uma solução que é meramente passageira, visto que os réus manterão inalteradas suas atividades de forma desidiosa.

Dessa forma, ao se deparar com a opção de mediação judicial, o indivíduo recai em uma das hipóteses de vício de vontade, visto que se não aceitar, teme, inclusive, a improcedência da ação, acabando por aceitar o que lhe é oferecido, pois é melhor um mau acordo do que uma péssima solução de advento muito posterior.

Essa situação é extremamente vantajosa para os empresários e a Fazenda Pública, sendo encampada pelo Poder Judiciário, que deveria repeli-lo completamente, visto que a igualdade, por meio da paridade de armas é claramente inexistente.

Owen Fiss ensina, analisando o sistema americano – e neste passo há grande semelhança com o ordenamento pátrio –, que o acordo é também realizado em função dos recursos disponíveis para cada uma das partes para financiar o litígio e que estes recursos são frequentemente distribuídos de forma desigual<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> FISS, O. M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

O doutrinador segue indicando, corroborando todo o exposto até o momento, que esta disparidade pode afetar a mediação de três maneiras.

O primeiro, a parte mais pobre pode ser menos capaz de acumular e analisar as informações necessárias para prever o resultado do litígio e, assim, fica em desvantagem no processo de negociação<sup>170</sup>.

Em segundo lugar, a parte pode precisar da indenização que pretende imediatamente e, por este motivo, ser induzida a transacionar como uma forma de acelerar o pagamento, mesmo que tenha consciência de que receberá menos agora do que poderia, caso ele aguardasse o julgamento. É claro que todo autor de uma demanda quer sua imediata reparação, mas um autor mais carente pode ser explorado por um réu rico, porque sua necessidade é tão grande que o réu pode forçá-lo a aceitar uma soma que é menor do que o valor que seria concedido normalmente no julgamento<sup>171</sup>.

Em terceiro lugar – razão esta mais restrita aos países cujo processo requer uma soma relevante de valores para custear –, a parte mais pobre pode ser forçada a compor porque ela não detém recursos para financiar o litígio, para cobrir tanto as suas próprias despesas projetadas, como o tempo de seu advogado, ou as despesas que seu adversário pode impor através da manipulação de mecanismos processuais. Assim, o acordo que, em tese, beneficia o autor, permitindo-lhe evitar os custos dos processos judiciais, não se verifica no plano fático, pois o réu, diante deste quadro, pode antecipar os custos do requerente e, se o caso for julgado totalmente, diminuir esse montante da sua oferta. O autor menos favorecido torna-se, portanto, vítima dos custos do litígio que ele mesmo se instala<sup>172</sup>.

Acompanhando esta lição, encontra-se perfeita identificação no relatório elaborado pela justiça de Hong Kong, segundo o qual 87% dos processos de indenização pessoal terminavam em acordo<sup>173</sup>:

---

<sup>170</sup> FISS, O. M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

<sup>171</sup> *Ibidem*

<sup>172</sup> *Ibidem*

<sup>173</sup> CIVIL JUSTICE REFORM. Final Report. Chief Justice's Working Party on Civil Justice Reform, 2004.

Table 22	Personal Injury Actions – Mode of Disposal: Consensual Means vs. Non-Consensual Means [All Bills]					
	Amount Recovered	Total n° of cases	Consensual Means <sup>(1)</sup>		Non-Consensual Means <sup>(2)</sup>	
			N° of Cases	%	N° of Cases	%
<\$ 120,000	8	8	100%	0	0%	
\$ 120,000 to < \$ 600,000	85	75	88%	10	12%	
\$ 600,000 to < \$1 M	45	44	96%	2	4%	
\$ 1M to < \$3 M	45	32	71%	13	29%	
\$ 3M to < \$ 5 M	12	11	92%	1	8%	
\$ 5 M or above	7	6	86%	1	14%	
< \$ 1 M	139	127	91%	12	9%	
< \$ 3 M	184	159	86%	25	14%	
<b>Sub-Total</b>	<b>203</b>	<b>176</b>	<b>87%</b>	<b>27</b>	<b>13%</b>	
<b>No Quantifield Recovered</b>	<b>4</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>	<b>4</b>	<b>100%</b>	

**Notes:**

(1) Consensual means include order, acceptance of payment into court and settlement without order.

(2) Non-consensual means include default, striking out, summary judgment, substantive hearing (non-writ), trial (writ) and others.

Esse dado, em um primeiro momento também parece ótimo, se não fosse pelo mesmo motivo apontado por Owen Fiss, ou seja, que, por conta do maior poderio econômico da parte contrária, o mais vulnerável acabava por aceitar um acordo muito aquém do valor que merecia<sup>174</sup>.

Conseqüentemente, a existência de um direito torna-se meramente teórica, se sua aplicação leva tanto tempo que o socorro chega tarde demais para ter valor. Neste sentido, Lord Woolf indica o atraso como uma fonte adicional de sofrimento para as partes que já

<sup>174</sup> Em nossas terras também há essa propaganda de grande êxito, conforme o seguinte exemplo: “O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro obteve índice de 77% de conciliação no mutirão que promoveu na última quarta-feira (25/2). Participaram da iniciativa, organizada pelo Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis do TJ, as empresas Via Varejo, Bradesco, Claro/ Embratel, Tim e Telemar. O destaque do mutirão foi a empresa Via Varejo, que atingiu uma porcentagem de 96% de acordos, em um total de 112 processos. A Claro/ Embratel participou com 47 ações e alcançou a conciliação em 88,6% delas. A Telemar conseguiu 73,5% de acordos”. (Mutirão organizado pelo TJ-RJ obtém 77% de conciliações. Revista Consultor Jurídico, 27/02/ 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/mutirao-organizado-tj-rj-obtem-77-conciliacoes>)

suportaram danos, adiando a compensação ou outro recurso a que a parte tenha direito, podendo agravar ou prolongar a lesão original, levando ao colapso das relações e dos negócios. Este retardamento consciente do passo processual pode também gerar prejuízos quanto à busca da verdade, no que diz respeito às provas, torna-se muito mais difícil elucidar os fatos, v.g., porque memórias se apagam e as testemunhas não podem ser rastreadas. Além disso, o réu, ao ser citado e ter um processo contra si na Justiça, está submetido a efeitos deveras nefastos notoriamente sabidos sob os prismas psicológico, financeiro e social; sendo uma pequena empresa, pode perder clientes, ter seu crédito retirado e ver sua imagem ser danificada<sup>175</sup>.

Porém, como bem apontado por Owen Fiss, a mediação tem a mesma função do processo comum, com uma grande diferença de ordem econômica para os cofres públicos. Assim, quando se “estimula” a mediação, ocorre a falsa propaganda de que a justiça está sendo realizada e ainda se economiza a parte orçamentária, gerando a equivocada aplicação do princípio da eficiência<sup>176</sup>.

Ao não atentar para a quantidade de obstáculos enfrentados pela parte mais fraca, obrigando-a omissivamente a aceitar um acordo manifestamente irrisório, o próprio Judiciário acaba por dar causa à geração de alguma das espécies de vício de vontade previstas no Código Civil (CC-02)<sup>177</sup>.

O eventual acordo decorrente de tal procedimento que não observou os parâmetros aqui explicitados não deveria, em hipótese alguma, ser encorajado pelo Judiciário, porque não atinge o ponto nodal do problema, que é, em geral, a má prestação do serviço. Quando se fixa uma indenização única e exclusivamente voltada às baixas condições do autor, recorrendo a uma tabela estabelecida pelo próprio magistrado, a empresa ou a Administração continuará com os serviços mal aparelhados e defeituosos.

A solução ideal seria interferir diretamente na equação que o empresário ou administrador realiza no sentido de aplicar severas indenizações em ações coletivas

<sup>175</sup> WATSON, G. D. QC. *From an adversarial to a managed system of litigation: A comparative critique of Lord Woolf's interim report*, in Roger Smith (ed), *Achieving Civil Justice*, Legal Action Group 1996.

<sup>176</sup> FISS, O. M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

<sup>177</sup> CC – Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.  
 Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.  
 Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

eventualmente propostas, bem como o encaminhamento de cópia dos autos à Agência Reguladora competente a fim de tomar providências cabíveis, opinando pela aplicação de uma vultosa multa pelo serviço prestado de forma falha.

Porém, ao não observar estas normas importantíssimas para o bom desempenho na administração da justiça, o Judiciário acaba por gerar prejuízo à parte que lhe pediu socorro e dá ensejo ao surgimento de defeitos do negócio jurídico celebrado em âmbito judicial.

Por este motivo, aliado à completa falta de incidência de princípios processuais e constitucionais basilares, é que se defende a possibilidade de se ingressar com uma ação anulatória ou ação rescisória para desfazimento do acordo celebrado, seja por meio da mediação ou conciliação ou mesmo extrajudicialmente, visto que o defeito ocorrido sob o manto do poder jurisdicional apenas agrava as condições em que se deram as negociações, haja vista a sensação de segurança e confiabilidade que um ato mais solene emanado do Poder Público passa ao indivíduo.

A última questão interessante que também demonstra o uso da força, valendo-se de uma posição mais vantajosa é o caso exposto por Diego Cantoario que ocorre no Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre conciliação tangente a precatórios<sup>178</sup>.

Uma Central de Conciliação de Precatórios foi criada pela Resolução nº. 417/2003 do referido Tribunal, surgindo com diversas regulamentações.<sup>179</sup> Basicamente as negociações são feitas por ordem de entrega dos precatórios para proposta de acordo. Esta fila começa pelo maior deságio para o menor, estando todos cientes que o orçamento vinculado ao pagamento dos precatórios é restrito.

O cidadão que venceu em juízo - obteve o direito reconhecido judicialmente - esperaria por anos para obter seu ressarcimento e observar que o seu vizinho abriu mão de parte do crédito para receber no momento. Neste caso é ainda mais gritante o vício de vontade, pois é público que o regime dos precatórios é extremamente deficitário, no que consta ao pagamento de suas dívidas, ainda levando em consideração que a audiência é única e definitiva, agrava muito mais para o credor dos débitos estatais, reduzindo de sobremaneira a carga negociativa de que ele poderia dispor.

Quando se observa que é inserida no banco de dados a estatística de 100% de êxito nas conciliações, resta clara a falta de confiabilidade dos percentuais como fonte de parâmetro de

---

<sup>178</sup> CANTOARIO, D. M. F. *Duração Razoável – Um Mandamento Constitucional para a Execução por Quantia Certa Contra os Entes Públicos*. 2013.

<sup>179</sup> *Ibidem*

qualidade da prestação jurisdicional, conforme verificamos anteriormente no caso de Hong Kong em confronto com as precisas observações de Owen Fiss.

## CONCLUSÃO

A importância de se compreender a mediação como um instituto necessário para auxiliar na satisfação do cidadão e não como um mero redutor de trabalho é o pilar da reflexão deste trabalho.

Passar pela compreensão de como os poderes se arranjam entre si é de suma importância para vislumbrar quais os desafios encontrados nessa caminhada para qualificar e aumentar a efetividade do instituto. Assim, foi necessário entender a relação entre Direito e política, pois a tendência atual é do reconhecimento de uma íntima ligação entre ambos, ao contrário de uma tentativa de traçar uma separação estanque, servindo de base para adoção das pressões nos momentos e instituições corretas.

Importante trazer as ideias dos escopos atuais da tutela jurisdicional que, ao longo dos anos foram se colidindo e se sucedendo. Dessa maneira, concentrar esforços para expor as duas correntes norteadoras mais atuais do processo é de grande utilidade, visto que de um lado a posição que prima pela efetividade pretende dar aquilo que o jurisdicionado verdadeiramente busca, enquanto as vozes discordantes partem da constatação que tal prestação, num plano macro, é completamente utópica, e passa a perseguir um equilíbrio entre as reais possibilidades de o Estado prover, a partir de seus limitados recursos, de maneira horizontal, as tutelas a ele perquiridas diante da noção pacificada de que as necessidades dos particulares, seja no plano privado ou coletivo, são infinitas.

Como exposto, o panorama modificou-se, mas a realidade está muito distante da ideal. Ainda é necessário convencer-se que a mediação é uma boa alternativa, mas isto somente será potencializado na medida em que as formas de sua implementação se verificarem na realidade pelos instrumentos fortes que somente foram disciplinados de modo mais ostensivo e exaustivo no ano de 2015, com as respectivas mudanças no Novo Código de Processo Civil, juntamente com a Nova Lei de Mediação, onde se encontra uma sistematização clara de que é preciso observar certos requisitos para que a mediação atinja toda sua plenitude e possa concorrer, efetivamente, para a construção de uma sociedade melhor e mais satisfeita, desembocando, na certeza de que é necessária a estreita observância integral do princípio informador e normativo, como forma do núcleo duro da mediação: o princípio da igualdade.

Destarte, tão certo quanto se afirmar que se trata de um instrumento de grande potencial na distribuição da justiça, é a constatação de que carece de um tratamento mais qualificado do ponto de vista de sua aplicação por parte do Poder Público, porquanto ainda

muito embrionário no tocante a estrutura, que deve investir na formação de magistrados, conciliadores, mediadores e juízes leigos para que sejam aplicados os princípios constitucionais dentro do processo e na ocasião das audiências, preservando sempre o diálogo entre as partes e as instituições envolvidas, de forma ampla com influência direta e maciça da boa-fé objetiva, estruturando o Sistema Judiciário dos pontos de vista interno e externo, de forma a alcançar uma resposta adequada aos anseios da sociedade, atingindo os problemas no ponto exato em que surgem.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR SILVA, J. C. P. de. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: [s.n.], 1963.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México: UNAM, 1991.
- ALEXANDER, N. *Global Trends in Mediation*. New York: *Kluwer Law International*, 2006.
- ALMEIDA, T. Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. Resultado. *Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial*, [S.l.], v. 2, n. 18, p. 9-11, mar./abr. 2006.
- ÁLVAREZ, G. S. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- AMARAL SANTOS, M. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense. v. 4.
- ARISTÓTELES. *Política*, I, 9. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1985. Disponível em: <[https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!688&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!AJd\\_r\\_ERJQi8Z5](https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!688&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!AJd_r_ERJQi8Z5)>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- AQUINO, S. T. de. *Suma Teológica*. Disponível em: <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf> Acesso em: 12 jun. 2015.
- AUERBACH, J. S. *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*. New York: Oxford University Press, 1983. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8762\(198404\)89%3A2%3C533%3AJWLRDW%3E2.0.CO%3B2-F](http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8762(198404)89%3A2%3C533%3AJWLRDW%3E2.0.CO%3B2-F)> Acesso em: 12 jun. 2015.
- EVERY, M. et al. *Building United Judgment: A Handbook for Consensus Decision Making*. 731 State Street, Madison, WI 53703: Center for Conflict Resolution, 1981.
- AZEVEDO, A. G. de (Org.). *Manual de mediação judicial*, 2009. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual\\_de\\_Media%C3%A7%C3%A3o\\_Judicial.pdf](http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual_de_Media%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- BACELLAR, R. P. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 145.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño, in Temas de Direito Processual*, 5. S. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994. p. 95-101.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual – 9. s.*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Pp.3-4. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. p. 3-15. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2015.

BATEUP, C. The dialogic promise: assessing the normative potencial of Theories of Constitutional Dialogue. In: *Brooklin Law Review*. v. 07, New York, 2006.

BEDAQUE, J. R.. *Direito e Processo*, São Paulo, Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. ed. Malheiros, São Paulo, 3. ed., 2010.

BIDART, A. G. “*El Tiempo y el Proceso*”, *Revista de Processo*, vol. 34, São Paulo, 2009.

BODART, B. V. da R.; SILVA, I. S. do N. *A Exequibilidade Imediata da Sentença no Novo CPC, In Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. 1ª ed. Juspoym: Salvador, 2013. p 247-258.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)> Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)> Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 27 abr. 2015.

CADIET, L. *Processo Civil entre Eficiência e Garantia* in Congresso Internacional de Direito Processual Civil: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

CALMON, P. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, A. F. *Processo Civil entre Eficiência e Garantia* in Congresso Internacional de Direito Processual Civil Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

CANTOARIO, D. M. F. *Duração Razoável – Um Mandamento Constitucional para a Execução por Quantia Certa Contra os Entes Públicos*, 2013. Disponível em: <[http://www.mktgen.com.br/FOR/Sumario/9788530948481\\_SUM.pdf](http://www.mktgen.com.br/FOR/Sumario/9788530948481_SUM.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2015.

CAPPELLETTI, M. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 82/97, 1994

\_\_\_\_\_.;GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Principii Fondamentali e Tendenze Evolutive del Processo Civile nel Diritto Comparato*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

\_\_\_\_\_. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, p. 123-124, abr./jun. 1992

\_\_\_\_\_. TALLON, D. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, Giuffrè, Milano, 1973, p. 661/774.

CARNELUTTI, F. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. I, p. 371.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 32.

CHASE, O. *A Excepcionalidade Americana e o Direito Processual Comparado*, in REPRO, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril – jun. 2003, p. 115-139.

\_\_\_\_\_. *I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli stati uniti d'america*, in VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia. I Metodi Alternativi di Soluzione delle Controversie nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 131-156.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 66.

CÍCERO, M. T. *Da República*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>> Acesso em 9 jun. 2015.

CINTRA, A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CIPRIANI, F. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. In: *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Ano LVI, n° 4. Dez. 2002.

CIVIL JUSTICE REFORM. Final Report. Chief Justice's Working Party on Civil Justice Reform, 2004. Disponível em: <http://www.legco.gov.hk/yr06-07/english/bc/bc57/papers/bc570611cb2-1960-e.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2015.

CLARKE, A. *The future of civil mediation*. Civil Mediation Council, at <[http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/mr\\_mediation\\_conference\\_may08.pdf](http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/mr_mediation_conference_may08.pdf)>. Acesso em 10 jan. 2012.

COMOGLIO, L. P. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Garanzie costituzionali e „giusto processo“ (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, p. 95/150.

\_\_\_\_\_. FERRI, C.; TARUFFO, M.. *Lezioni sul Processo Civile*, 2. ed., *il Mulino*, Bologna, 1998, cap.3, “Le garanzie costituzionali”, p. 55/95.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conciliação e Mediação: Prêmio Conciliar é Legal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/premio-nacional-da-conciliacao>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. Ações De Consumo: TJ-RJ promove mutirão da conciliação nesta quarta-feira. Publicado em: 24/02/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/tj-rj-promove-multirao-conciliacao-nesta-quarta-feira>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Mutirão organizado pelo TJ-RJ obtém 77% de conciliações, 27/02/ 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/mutirao-organizado-tj-rj-obtem-77-conciliacoes>. Acesso em: 27 abr. 2015.

COONEY, J. F. (1993). Face to face – the art of negotiating how when and why, *Public utilities fortnightly*, v. 131, n. 16, 1993, p. 10-17.

COSTA, A. A.. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p.163-164.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantias Constitucionais Da Duração Razoável E Da Economia Processual No Projeto Do Código De Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 192. p. 193. Fev / 2011. DTR 2011/1167.

DAKOLIAS, M. A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America. *Virginia Journal of International Law Association*, v. 36, n. 1, p. 167-231, Fall 1995.

DALRYMPLE, T. *A igualdade de oportunidade e a opressão do politicamente correto*. In Instituto Ludwig von Mises – Brasil. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1843>. Publicado em 12/04/2015 Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Court Performance around the world: a comparative perspective. Washington, DC: *The World Bank*, July 1999. (World Bank Technical Paper; n. 430). Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 24 jun. 2009.

DAMASKA, M. R. *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale, 1991.

DELGADO, J. et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2003. (Série cadernos do CEJ; v. 22). Disponível em: <http://www.jf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2009.

DEUTSCH, M. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven, CN. *Yale University Press*, 1977.

DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

FARIA, M. C. O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 16, [s.d.]. Disponível em: [http://www.academia.edu/3499271/O\\_acesso\\_%C3%A0\\_justi%C3%A7a\\_e\\_a\\_jurisprud%C3%Aancia\\_defensiva\\_dos\\_Tribunais\\_Superiores\\_-\\_Revista\\_do\\_Instituto\\_dos\\_Advogados\\_de\\_Minas\\_Gerais\\_v.\\_16](http://www.academia.edu/3499271/O_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_e_a_jurisprud%C3%Aancia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_-_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minas_Gerais_v._16). Acesso em: 9 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva. *Revista de Processo*, São Paulo, 2012. Disponível em:

<[http://www.academia.edu/3499222/O\\_Novo\\_C%C3%B3digo\\_de\\_Processo\\_Civil\\_vs.\\_A\\_jurisprud%C3%Aancia\\_defensiva](http://www.academia.edu/3499222/O_Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_vs._A_jurisprud%C3%Aancia_defensiva)>. Acesso em: 9 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *A Lealdade Processual, O Projeto De Novo Código De Processo Civil Brasileiro e a Experiência Portuguesa*. Disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_1395\\_1430.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf) Acesso em: 9 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento das guias de preparo: ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 193, mar. 2010.

\_\_\_\_\_. *A Duração Razoável Dos Feitos: Uma Tentativa De Sistematização Na Busca De Soluções À Crise Do Processo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual REDP*. v. 6. p. 475-796.

FERRAJOLI, L. *O Direito Como Sistema De Garantias*. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. *Giurisdizione e democrazia*. *Revista da AJURIS*, ano XXVI, nº 75, setembro de 1999, v. 1.

FISHER, R.; URY, W. L.; PATTON, B. *Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos sem Concessões*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues - Interpretation as a political process*. Oxford: *Princeton University Press*, 1988.;

\_\_\_\_\_. *The politics of executive privilege*. Durham: *Carolina Academic Press*, 2004.;

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

FISS, O. (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.

FRANCO, F. B. *A fórmula do devido processo legal*”, in *Revista de Processo*, ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 24, nº 94, abril-junho de 1999, p. 81-108.

FUX, L. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos Da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral Do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. (Org.). *O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos Da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996

Galanter, M. (1974) Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Changes,” 9(1) *Law & Society Rev.* 95.

\_\_\_\_\_. (2004) The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts,” 1(3) *J. of Empirical Legal Studies* 459;

\_\_\_\_\_. Afterword: Explaining Litigation”. In *Law and Society Review*, v.9, 1975

GARCEZ, J. M. R. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GOLDBERG, S. B., SANDER, F. E.A., ROGERS, N. H., COLE, S. R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. *Principios Generales del Proceso*. México: Jurídica Universitaria, 1961.

\_\_\_\_\_. *Problemas Generales del Derecho*. Buenos Aires: [S.E.], 1944.

\_\_\_\_\_. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

\_\_\_\_\_. *Problemi Generali del Diritto*, Trad. it., Padova: Cedam; Casa Editrice Dott. A. Milani, 1950.

GRECO, L. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

\_\_\_\_\_. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: *Mundo Jurídico*. Disponível em: [https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo\\_leonardo-greco.pdf](https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf). Acesso em: 9 jun. 2015.

GRINOVER, A. P. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. Palestra realizada no Seminário sobre Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2013

\_\_\_\_\_. DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (coord). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988

GUINCHARD, S. et alii. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2009.

GUSMÁN, A. La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea. In: \_\_\_\_\_. *La función judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

HILL, F. P. *A Nova Lei de Mediação Italiana*. Artigo disponível no v. 1 da Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível no endereço <http://www.redp.com.br>. Acesso em 10 jan. 2011.

HOBBS, T. *Leviatã*, parte I, cap. 8. p. 47. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)> Acesso em: 15 jul. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *CENSO 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

KLIPPEL, R.; ARAÚJO, J. H. M.; DIDIER JR, F. (Org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011.

LI, K. W.; KILGOUR, D. M.; HIPEL, K. H. (2003). *Status quo analysis of an environmental conflict*, In: Proceedings of the IEEE International Conference on Systems, Man and Cybernetics, v. 4, 2003, p. 3700-3705.

LITTLEJOHN, S.; DOMENICI, K.L. (1999). *Objetivos e Métodos de Comunicação na Mediação*. In: Novos paradigmas em mediação – cap. 12, Artmed Editora, Porto Alegre, p. 209-224

LOCKE, J. Segundo tratado sobre o governo In: Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. Cap. 2. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MANCUSO, R. de C. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, C. L. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAYER, K. R. *With the stroke of a pen: Executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

MENDES, C. H. Is it all about the last word? . In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 69-110, Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Not the last word, but dialogue . In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 191-246, Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Neither dialogue nor last word. In: *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 5, p. 1-40, Oxford: Oxford University Press, 2011.;

\_\_\_\_\_. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRELLES, H. L.. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

MITIDIERO, D. *Direito Fundamental Ao Processo Justo*. p. 2. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130419164953.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf) Acesso em: 15 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

M. MORELLO, A. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

MONTENEGRO FILHO, M. *Projeto do novo código de processo civil - confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC - com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf) Acesso em: 15 jul. 2015.

MOORE, W. Christopher. *O processo de mediação*. Tradução Magda França. Porto Alegre: Artmed, 1988.

MUÑOZ, H. S. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2015.

NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 90.

NUNES, D. J. Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2010

OLIVEIRA, C. A. A.. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Porto Alegre: PPGD-UFRGS, 2001. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm) Acesso em: 15 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível no endereço eletrônico: [www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br) Acesso em: 15 jul. 2015.

PADILHA, R. D. *A mediação no cenário jurídico*. Palestra proferida no Conselho Regional de Psicologia – CRP Curitiba, 1999. Disponível em: <http://www.amanapaz.com.br/artigos.html>. Acesso em: 24 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Mediação sistêmico-integrativa: família e escola construindo uma cultura de paz*. Curitiba: Amanapaz, 2004.

PAUMGARTTEN, M.; PINHO, H. D. B. de. *A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça?*. In: Monica Bonetti Couto, Delton Ricardo Soares Meirelles, Eneas de Oliveira Matos. (Org.). *Acesso à justiça*. Florianópolis: Funjab, 2012.

\_\_\_\_\_. *Justiça, Jurisdição E Mediação: O desafio de resolver os conflitos sob uma base qualitativa de justiça*. Rio de Janeiro, p. 139, 2012.

PANTOJA, F. M. Mediação Judicial, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 192.

PICARDI, N. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, J. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional*, in *Revista de Processo*, v. 196. São Paulo: RT, 2011, p. 131-162, especialmente p. 159-160

PIRES, A. A. *Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada*. In: Azevedo, André Goma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PINHO, H. D. B. de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

\_\_\_\_\_. [org.]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *"Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

\_\_\_\_\_. DURÇO, K. A. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O "juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 2, v. 2, janeiro a dezembro de 2008, texto disponível em <http://www.redp.com.br> Acesso em: 15 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Mediação e a Necessidade de sua Sistematização no Processo Civil Brasileiro*. p. 10. Disponível em:

<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A%20MEDIA%C3%87%C3%83O%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20SISTEMATIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf>\_ Acesso em: 15 jul. 2015.

PINTO, P. D. *Presidentes, Presidencialismo e o Poder Executivo no Brasil: O fenômeno presidencial no Brasil, modelos comparados e perspectivas de evolução*. 2015. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

PIRIE, A. *Alternative Dispute Resolution Skills, Science and the Law*. Toronto: Irwin Law, 2000.

PRESS, S. *Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation?* Florida State University Law Review, Flórida, v. 24, p. 903-917, jan. 1997.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Belknap Press, 2005.

REALE, M. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

RODRIGUES JÚNIOR, W. E. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. Disponível em:

<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>\_ Acesso em: 15 jul. 2015.

SAMPAIO, M. A. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTANNA, A. C. S. *O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e a Resolução de Conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SARVATIER, R. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977.

SCARSELI, G. *Sulla Necessità Di Ampliare L'ambito Dei Titoli Esecutivi Nonché L'accesso All'esecuzione Forzata*. In: *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. Disponível em: [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Acesso em: 15 jul. 2015.

SERPA, M. de N. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, I. S. do N. da. *Problemas Extrajurídicos do Estado de Direito e a Edição da Lei Justa*. Migalhas, 2013. Disponível em:

<[http://www.academia.edu/3711803/Problemas\\_Extrajur%C3%ADdicos\\_do\\_Estado\\_de\\_Direito\\_e\\_a\\_Edi%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_lei\\_justa](http://www.academia.edu/3711803/Problemas_Extrajur%C3%ADdicos_do_Estado_de_Direito_e_a_Edi%C3%A7%C3%A3o_de_lei_justa)>. Acesso em: 9 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *O STF e a Tempestividade Do Recurso Prematuro Ou Extemporâneo* In Portal Processual. Disponível em: <http://portalprocessual.com/o-stf-e-a-tempestividade-do-recurso-prematuro-ou-extemporaneo/> Acesso em: 9 jul. 2015.

SILVA, J. R. da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, O. B. da. *Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. In: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. v. 2. São Paulo: RT, 2011.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010.

<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>. Acesso em: 9 jul. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 703.269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux. DJe. 5 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. ADI 2160 MC/DF, Rel. orig. Min. Octávio Gallotti, Red. p/ o Acórdão Min. Marco Aurélio. DJe 13 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. AI 529.733/RS, julgado 2ª Turma 17-10-2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-06 PP-01174 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138.

TARUFFO, M. *La composizione delle liti: la conciliazione*, in Autodisciplina, conciliazione, arbitrato. Milano, 1997.

\_\_\_\_\_. *Verità negoziata?*, Riv. trim. Dir. Proc. Civ., 2008, Suppl., 69 ss.

\_\_\_\_\_. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*”, in Páginas sobre justicia civil. ed. Marcial Pons: Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_. *Idee Per Una Teoria Della Decisione Giusta*. Scritti sulla Giustizia Civile. Bologna, Il Mulino, 2013.

\_\_\_\_\_. *Cultura e Processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 2009, p. 63-91

TEDESCO, P. C. *Jurisprudência Defensiva de Segunda Geração*. Revista de Processo, v. 182, p. 259, abr. 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Semana Nacional da Conciliação. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual/semana-nacional-conciliacao>. Acesso em 17 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *TJRJ e Prefeitura do Rio promovem mutirão de negociação fiscal*. Publicada em 13/08/2015, Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/21002>. Acesso em 17 jun. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>. Acesso em 17 jun. 2015.

WACH, A. *La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Traducido por SEMON, Juan M. Buenos Aires: EJEJA, 1962.

WAMBIER L. R.; VASCONCELOS, R. de C. C. de. *O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo*. Revista de Processo. vol. 199. p. 195-204. Set. 2011. DTR 2011/2446.

WAMBIER, T. A. A. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Revista dos Tribunais, ago/2003, vol. 814, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Civil procedure in time of crisis*. Revista de Processo, vol. 244, 2015.

\_\_\_\_\_. *Civil procedure in time of crisis*. Revista de Processo, v. 244, 2015, p. 381–389.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo*. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 96, 2007, p. 11-29.

\_\_\_\_\_. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, SP, v. 93, n.821, p. 39-74, 2004.

\_\_\_\_\_. *Mandatory mediation: Is it the best choice?*. Revista de Processo, v. 38, p. 413-451, 201.

WATANABE, K. et al. *Código Brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

WATSON, G. D. QC. From an adversarial to a managed system of litigation: A comparative critique of Lord Woolf's interim report, in Roger Smith (ed), *Achieving Civil Justice*, Legal Action Group, 1996.