



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Carolina Squadri Santanna


**Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição:
introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio
judicial de solução de conflito. Marco legal da mediação no Brasil e
na Itália**

Rio de Janeiro

2014

Ana Carolina Squadri Santanna

Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito. Marco legal da mediação no Brasil e na Itália



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: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2014

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

S232

Santanna, Ana Carolina Squadri.

Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito. Marco legal da mediação no Brasil e na Itália / Ana Carolina Squadri Santanna. – 2014.

188 f.

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

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

1. Jurisdição – Teses. 2. Conciliação (Processo civil) - Teses. 3. Mediação– Teses. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.98

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

Assinatura

Data

Ana Carolina Squadri Santanna

Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito. Marco legal da mediação no Brasil e na Itália

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: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 21 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

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

Prof. Dra. Flávia Pereira Hill
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dra. Fabiana Marion Splengler
Universidade de Santa Cruz do Sul

Rio de Janeiro

2014

RESUMO

Santanna, Ana Carolina Squadri. *Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito. Marco legal da mediação no Brasil e na Itália.* 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho aborda o tema do conceito evolutivo de jurisdição, no sentido da função de compor litígios não estar dissociada de aspectos culturais, dentre outros fatores pertencentes ao contexto de uma determinada sociedade. Por conseguinte, pode resultar na releitura do instituto quando tais forças impulsionadoras rompem com o sistema vigente. Considerando, portanto, a integração da cultura ao Direito e ao se constatar nos tempos atuais uma ruptura do Estado contemporâneo com o modelo monopolístico e com a forma adjudicatória de solucionar conflitos - introduzindo dentre as funções judiciais os mecanismos autocompositivos, influenciado pelos ideais neoconstitucionais e pós-positivistas, propõe-se a releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição para sua adequação aos escopos do Estado pós-moderno. Dentre as mudanças empreendidas pelo Estado brasileiro que romperam com o conceito clássico de jurisdição, podem-se citar os sucessivos projetos de conciliação desenvolvidos pelos Tribunais pátrios; a política pública de tratamento de conflito, estabelecida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a implantação pela Advocacia-Geral da União da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. A partir do entendimento do fim do monopólio da jurisdição pelo Estado-juiz, bem como da expansão da função jurisdicional, é permitido ao Judiciário atuar subsidiariamente, para exercer sua competência somente quando as partes demonstrarem a tentativa de solução da lide por outros mecanismos de solução, bem como naqueles casos em que é preciso uma proteção imediata desse Poder. Desse modo, mediante a análise das condições da ação, o juiz poderá julgar o processo extinto sem exame do mérito pela ausência de interesse de agir, uma vez que o método adjudicatório não é o mais adequado/útil para a solução do conflito naquele momento. Embora a institucionalização da mediação pelo Estado possa significar uma atuação primária do Judiciário mediante o instrumento da mediação judicial, essa mais nova função também deve ser pautada no contexto pós-moderno de Estado, baseado no exercício subsidiário e não monopolístico. Portanto, os instrumentos privados de solução de conflitos devem ser fomentados pelo Estado em apoio à sociedade, para que a mediação judicial não contrarie os ideais de um Estado menos intervencionista. Por fim, o trabalho tem como proposta estudar o marco legal da mediação no Brasil, na União Europeia e na Itália, com o escopo de contribuir para introdução desse método autocompositivo de forma mais condizente com o contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Jurisdição. Conceito. Releitura. Mediação. Pós-positivismo. Estado pós-moderno. Marco legal.

ABSTRACT

Santanna, Ana Carolina Squadri. *Proposal for a rereading of the principle of the jurisdiction non-obviation: introducing autocompositive methods and end of legal monopoly of conflict resolution. Legal mediation milestone in Brazil and in Italy.* 2014. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This study focuses on the evolving concept of jurisdiction in the sense that its dispute settlement function is always associated with cultural aspects, among other factors relating to the social context. Therefore, when such driving forces disrupt the existing system (the status quo), a reinterpretation of jurisdiction can be necessary. Thus, considering the integration between culture and law while observing, currently, a break of the contemporary state with the monopolistic model and with the award procedure for conflict resolution, which, influenced by the new constitutionalism and post-positivism concepts, introduce the autocompositive methods into the jurisdictional functions, this work proposes the reinterpretation of the principle of non-obviation of jurisdiction in order to fit it into the scope of the postmodern state. Among the changes made by the Brazilian state, which broke up with the classical concept of jurisdiction, it is possible to mention the successive conciliation projects developed by the national courts; the public policy for the management of conflict resolution established by the National Justice Council's Resolution No. 125/2010 and the implementation of CCAF - the Federal Conciliation and Arbitration Chamber – by AGU – the Brazilian Attorney-General's Department. Based on the understanding of the end of jurisdictional monopoly of the state in its judicial capacity, as well as the expansion of its jurisdictional scope, the Judiciary will be allowed to exercise its competence as a subsidy only when the parties make an attempt to settle the dispute through other conflict resolution mechanisms, as well as in those cases which require immediate judicial protection. Thus, after examining the claim, the judge will be able to dismiss the case without prejudice in view of lack of interest, since the award procedure is not the most suitable for the conflict resolution at that moment. Although the institutionalization of the state mediation might mean a primary function of the Judiciary by means of the judicial mediation tool, this new function must also be founded on the postmodern concept of state – a subsidizing state, and not a monopolistic one. Therefore, the private tools for conflict resolution must be fostered by the state to support the society so that the judicial mediation will not go against the principles of a less interventionist state. Finally, this work proposes to study the legal framework of mediation in Brazil, in the European Union and in Italy, aiming to contribute to a more harmonious introduction of this autocompositive method to the contemporary Democratic State of Law.

Keywords: Jurisdiction. Concept. Reinterpretation. Mediation. Post-positivism. Postmodern state. Legal framework.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Estimativa de mediações realizadas nos países da UE.....	125
Tabela 2 - Estimativa de sucesso da mediação por tipo de organismo.....	129
Tabela 3 - Estimativa de sucesso pela natureza da mediação.....	130

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
AGU	Advocacia-Geral da União
AJUFE	Associação dos Juizes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CE	Comunidade Europeia
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FONAJE	Fórum Nacional de Juizados Especiais
FONAJEF	Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais
NCPC	Novo Código de Processo Civil
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
1	PROCESSO E CULTURA.....	11
1.1	Razões da litigiosidade.....	16
1.2	Desenvolvimento das ADRs nos Estados Unidos: processo cultural.....	21
1.3	Processo e cultura segundo Michele Taruffo.....	28
2	O SENTIDO CONTEMPORÂNEO DE JURISDIÇÃO.....	35
2.1	Jurisdição e mediação.....	35
2.2	A mediação nos tribunais brasileiros.....	40
2.3	Política pública de tratamento de conflito: a institucionalização da mediação.....	42
2.4	A tutela jurisdicional contemporânea.....	52
2.5	Características da tutela jurisdicional contemporânea.....	65
2.6	Releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição.....	75
2.7	A mediação judicial no movimento da desjudicialização.....	103
3	MEDIAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA.....	116
3.1	Diretiva 2008/52/CE.....	116
3.2	Mediação na Itália.....	126
3.2.1	<u>Terminologia: mediação vs. conciliação.....</u>	126
3.2.2	<u>Métodos de mediação.....</u>	128
3.2.3	<u>Desenvolvimento do Direito Processual Civil Italiano e da mediação..</u>	129
3.2.4	<u>Críticas ao Decreto Legislativo nº 28/2010.....</u>	149
4	MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	152
4.1	Mediação no projeto do novo Código de Processo Civil.....	153
4.2	Projeto de Lei nº 4.827/98.....	158
4.3	Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010.....	159
4.4	Projetos de Lei do Ministério da Justiça e do Senado Federal.....	163
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
	REFERÊNCIAS.....	174

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A jurisdição, um dos pilares da Teoria Geral do Processo, ao ser tomada pelo Estado como monopólio, é entendida como função exercida pelo juiz a de aplicar corretamente a lei, imposta ao vencido da causa, sob a ameaça do uso de meios coercitivos. Tal conceito, de origem no direito processual civil oitocentista, provém da teoria de Chiovenda, para quem o processo civil tem como objetivo a atuação da vontade da lei.¹

Em razão disso, a mediação tem sido considerada pela doutrina brasileira um instrumento alternativo e excepcional frente à jurisdição estatal, sendo a função judicante de proferir decisões o principal meio de compor litígios, com base na leitura que se faz do princípio da inafastabilidade da jurisdição.² Considerando o entendimento acerca deste princípio, a solução do conflito é tida como atividade exclusiva do Judiciário, órgão receptor de litígios de toda a sociedade.

No entanto, a interpretação conferida ao princípio da inafastabilidade e o conceito de jurisdição, consagrados pelo direito processual, não se coadunam com o contemporâneo Estado pós-moderno, cuja mudança de paradigma edifica a subsidiariedade estatal, a delegificação e, principalmente, a busca pela solução mais adequada ao caso concreto, ao invés da correta aplicação da lei.³ Ressalta-se que, no Brasil, trata-se de um recente rompimento com o Estado tradicional, pautado na

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. P. 56.

2 Ressalta-se, porém, o entendimento doutrinário que defende a prevalência de um novo modelo de composição de litígio, baseado no direito fraterno. Considerando que a jurisdição estatal vem demonstrando incapacidade no tratamento eficaz da lide, a opção pelos meios amigáveis pode ser avaliada como uma primeira opção, tendo em vista que o conflito será analisado com mais qualidade, em razão das técnicas específicas de cada instrumento. “Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes. (...) É por isso que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento dos litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição, que atualmente está em crise frente a complexidade social”. MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 75 e 76

3 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 307-308.

centralização estatal, cujo processo de pós-modernização ainda se encontra em andamento.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a interpretação dos fenômenos jurídicos deve estar inserida num contexto social, situado no espaço e no tempo, identificando-se o cenário, os autores e as forças impulsionadoras, o que é denominado pré-compreensão pelo professor. Desse modo, a interpretação do princípio da inafastabilidade de jurisdição não pode ser realizada a partir de “um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais”.⁴

Ao analisar, por exemplo, o atual cenário econômico, observa-se que o setor empresarial vem atuando sem grandes interferências do Estado. No que se refere à solução dos conflitos, a causa da fuga do Judiciário baseia-se num sistema ainda monopolístico, individualista e formal, modelo este superado, em razão da complexidade da vida contemporânea, cujas características primam pela informalidade e celeridade. A sociedade brasileira, todavia, em sua grande maioria, ainda não se utiliza de meios extrajudiciais de solução de conflito, e, por isso, não se pode afirmar na efetiva tomada do poder jurisdicional pela iniciativa privada.

O monopólio da jurisdição, no entanto, deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são resultado. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, a produção legislativa acontece de modo desenfreado e, como consequência, as faculdades discricionárias dos juízes.⁵

Influenciado pelos ideais neoconstitucional e pós-positivista, teorias que reintroduzem no Direito os valores de justiça e de legitimidade⁶, e pelo contexto temporal do Estado pós-moderno, o Poder Judiciário inicia uma nova trajetória na forma de compor os litígios. Em meados de 2004, os tribunais brasileiros passam a empreender campanhas para a promoção da conciliação, como a semana nacional da conciliação, podendo-se constatar igualmente um modo de proferir decisões

4 *Idem*, p 306.

5 SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Ijuí: editora Unijuí, 2010. P. 107.

6 “O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. *Idem*, p 328.

judiciais mediante a realização de concessões, sem a preocupação com a aplicação da lei.

Atento às transformações do Judiciário e visando disciplinar o uso de métodos consensuais pelo Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, dentre outras medidas, publicou a Resolução nº 125/2010, cuja principal contribuição foi a institucionalização de um mecanismo privado de solução de conflito, com a inclusão de um novo instrumento à disposição do Judiciário.

Também será abordada no presente trabalho a análise da cultura como componente do Direito, visando, precipuamente, que tal elemento seja um fator de limitação do poder estatal na implementação de política pública de tratamento de conflito. Em complemento à análise do aspecto cultural, estudaremos a implementação da mediação pelo Estado italiano, visando propor um equilíbrio entre a institucionalização do instrumento e a cultura de composição litígios de um povo.

Por outro lado, pretende-se demonstrar, que a institucionalização da mediação pelo Estado, provoca determinadas quebras de paradigmas, como a desjudicialização do direito, bem como a releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição.

A partir da constatação das medidas estatais responsáveis pela introdução de métodos autocompositivos, em destaque a mediação, pelos Estados brasileiro e italiano, pretendemos demonstrar que se conferiu, por conseguinte, um conceito moderno de jurisdição, bem como uma releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição, atualmente entendido pelo direito processual como o fundamento de validade para o monopólio da solução de conflitos pelo Judiciário.

Por outro lado, a institucionalização da mediação pelo Poder Público não deve ser entendida como a monopolização dos meios de solução de conflito. Mesmo tomando para si os métodos autocompositivos, cabe ao Estado-juiz atuar conforme os ditames pós-modernos, isto é, de maneira subsidiária.

A importância do estudo decorre do momento atual do Estado brasileiro, representado por todas as esferas de Poder, que procuram se adequar aos anseios da pós-modernidade.

No primeiro capítulo desta dissertação, será trabalhada a relação entre cultura e processo. A forma de resolução de disputas está relacionada à cultura de um país, de uma determinada região; enfim, a um processo determinado, entendido como o

mais adequado para uma população. Considerando que no Brasil e na União Europeia a mediação tem sido implementada como uma política pública estatal, e que o processo é fruto da história de um povo, será estudada a forma mais adequada de institucionalização do novo mecanismo de solução de conflito.

No segundo capítulo, serão examinados os conceitos de jurisdição e de mediação, sobre a política pública de tratamento de conflito, a releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição, a tutela jurisdicional contemporânea e a mediação como um movimento de desjudicialização.

No terceiro capítulo, será estudada a regulamentação da mediação na União Europeia e na Itália, a fim de identificar a tendência internacional de composição de litígios e de contribuir para o atual estágio de desenvolvimento da mediação no Brasil. A opção pela Itália deu-se em razão da similaridade entre os sistemas processuais.

No quarto capítulo, por fim, a análise do tratamento dado à matéria pelo projeto do Novo Código de Processo Civil e pelos projetos de lei que tramitam no Legislativo.

1 PROCESSO E CULTURA

Pode-se afirmar que o propósito de regulamentação da mediação no Brasil seria um dos efeitos da globalização, no sentido de estudar, desenvolver e introduzir instituições e instrumentos de origem estrangeira, os quais foram bem-sucedidos em seus respectivos países.⁷

Desde 1970, diversas iniciativas legislativas, judiciais e também advindas dos cidadãos vêm sendo realizadas com o objetivo de institucionalizar a mediação nos Estados Unidos. Foi desenvolvido nesse país o sistema multiportas de solução de conflitos (*Multi-door Courthouse*), referido pela primeira vez na Pound Conference em 1976, cuja ideia é conferir ao cidadão mais de uma opção de instrumento de composição de litígio, localizado num centro anexo a um tribunal.⁸ Nota-se, assim, a

7 "Habermas tem razão ao afirmar que o isolamento total das instituições diante das influências externas já não é mais algo defensável, e mesmo nas sociedades ainda fortemente marcadas pelas tradições o pluralismo cosmopolita tem desabrochado de modo substancial". LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013. P. 184.

8 "A partir do sistema multiportas de solução de conflitos, Sander analisou diferentes processos na tentativa de criar uma taxonomia que ajudasse a pensar quais são as portas apropriadas a cada

semelhança com o modelo adotado pelo Conselho Nacional de Justiça no Brasil a partir da edição da Resolução nº 125/2010.

Apesar de a globalização ser o fenômeno predominante da contemporaneidade e da frequente importação de modelos jurídicos, o debate sobre a identidade cultural vem ganhando força nas ciências sociais como uma reação à homogeneização ou padronização de um sistema.⁹

Ao contrário do que se supõe, a globalização não faz desaparecer as particularidades culturais de um povo, o que ocorre é a reorganização e a adaptação de um sistema para que seja viável o diálogo e a interconexão com outros sistemas culturais.¹⁰ A globalização não tem como efeito apenas a centralização e a concentração, é necessário também o aprimoramento interno das culturas para que sejam definidas as prioridades locais.¹¹

Logo, a valorização da cultura e da identidade nacional não contraria a ideia de globalização. Ao invés disso, adaptar os modelos importados significa conferir particularidades a um instituto e com isso evitar a criação de mecanismos padronizados e pouco eficientes para a realidade interna de um Estado.¹²

tipo de disputa. No momento da *Pound Conferencel*, em 1976, ele previa que por volta do ano 2000 seriam criados esses Centros de Solução de conflitos nas Cortes, passando as partes por um processo de triagem dos conflitos conduzido por um funcionário do Tribunal (*screening clerk*) que os direcionaria para o processo (ou sequência de processos) mais apropriado ao tipo de caso". GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Coleção MASC. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 124.

9 Nas palavras do ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira, o sistema norte-americano e o brasileiro são como se “duas pessoas caminhassem ao longo da mesma rua, em sentidos opostos, uma de cada lado, embora troquem de calçada, de um trecho para outro do itinerário. O distanciamento jamais é completo: ambos os transeuntes, afinal de contas, atravessam as mesmas zonas da cidade, e muito do panorama lhes é comum. Há, entretanto, uma diferença de enfoque, bastante para distinguir os dois trajetos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. (Temas de Direito Processual, s. 8). P. 48.

10 LUCAS. *Op. cit.* P. 166.

11 “(...) o fechamento dos Estados em torno de si mesmos é, para a globalização, uma realidade tão intensa e necessária quanto a sua capacidade de se abrir às relações exteriores, mesmo que isso não ocorra de uma forma amplamente satisfatória do ponto de vista dos avanços sociais”. *Idem*. P. 167.

12 “Global e local não se excluem, mas encerram uma relação dialética na transformação das identidades. Por um lado, as identidades nacionais são enfraquecidas pela convivência com interesses de natureza global – especialmente de natureza econômico-financeira – e, paradoxalmente, por outro, veem reforçada sua tarefa simbólica de produzir pertença, resultado de uma reação às indeterminações e aos esvaziamentos provocados pela globalização”. *Idem*. P. 171-172.

Não se trata, todavia, de uma debate isento de polêmicas, havendo uma grande questão que é identificar qual o limite da imposição cultural de um determinado povo, isto é, se existem expectativas universais, como a dignidade da pessoa humana, que impediriam ou justificariam a prevalência da particularidade de uma cultura, mas que não serão analisadas no presente trabalho.

Esse debate é de grande utilidade para o contexto atual de institucionalização da mediação no Brasil, fruto da tendência internacional de priorização dos meios alternativos de conflito.

No Direito, alguns doutrinadores estudaram a relação existente entre o processo e a cultura, como Oscar Chase e Michelle Taruffo, concluindo pela associação indissolúvel desses dois institutos.

No Brasil, ao discorrer sobre tema semelhante, Daniel Mitidiero traçou interessante comparação. Os países de inspiração católica adotaram um processo preocupado pela busca da verdade e pela defesa da intimidade; já nos países de cultura protestante, houve a preocupação apenas com a manutenção da moral cristã, sem se preocupar de maneira exorbitante com a verdade dos fatos¹³.

No que se refere à relação entre processo e cultura, a doutrina nacional aponta para a existência de uma cultura da sentença, no sentido de prevalecer no país o interesse pela solução de conflitos por meio de uma decisão judicial. Fabiana Marion Spengler sintetiza a cultura da prevalência pelo Poder Judiciário do seguinte modo:

Somente ao Poder Judiciário se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exasperá-la, estendê-la, multiplicá-la. Nesses termos, o sistema sacrificial e o Judiciário possuem a mesma função, porém o segundo mostra-se mais eficaz, desde que associado a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e de prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima ao se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por sua vez, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz. Da mesma forma, como o cidadão de outrora que esperava pelo Leviatã para que ele fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem

13 MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual Civil. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 33, p. 484-510, 2004.

sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão.

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático¹⁴.

Kazuo Watanabe possui o mesmo entendimento¹⁵. A sociedade brasileira busca na maior parte das vezes o Judiciário para solucionar os conflitos, apesar da crise da morosidade da prestação jurisdicional. Nesse ambiente cultural, a sociedade depende do Estado para resolver seus problemas, como disputas entre vizinhos, conflitos familiares e controvérsias no âmbito escolar.

Como no Brasil as condições da ação deixaram na prática forense de ser um instrumento de controle de demanda judicial, basta um cidadão sentir-se ameaçado a qualquer tipo de lesão para ajuizar uma ação perante o Judiciário. Desse modo, discute-se no Judiciário uma variedade de conflitos, como o pedido de dano moral decorrente de infiltração no imóvel (Processo nº 0012971-29.2007.8.19.0208, TJ/RJ), multa condominial por latidos excessivos dos cachorros dos Réus (Processo nº 0218762-34.2007.8.19.0001, TJ/RJ), invasão do espaço de circulação entre túmulos (Processo nº 70032667768, TJ/RS); enfim, a cultura do Brasil é a da litigiosidade.

Como o país possui uma cultura de litigiosidade, o que eleva a cada ano consideravelmente o número de processos judiciais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010 para estabelecer a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”¹⁶. Entende o CNJ que compete ao Judiciário “organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que

14 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Coord.). *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. P. 22-23.

15 WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007. P. 7.

16 Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível no endereço eletrônico www.cnj.gov.br. Acesso em 11/08/2012.

possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”¹⁷.

No entanto, na medida em que a cultura de uma sociedade é considerada relevante sob o ponto de vista social para o aprimoramento e desenvolvimento de institutos importados, maneira pela qual se esquiva da padronização de determinado mecanismo, o que levaria ao seu provável insucesso, indaga-se se a criação de uma Política Nacional que torne os meios consensuais de conflito como os principais mecanismos de solução de conflito seja por si só capaz de findar com uma sociedade litigiosa.

Com o propósito de diminuir a carga de processo, o Judiciário vem realizando campanhas, incentivando a conciliação, como a criação da Semana Nacional de Conciliação pelo CNJ, o Movimento Nacional pela Conciliação pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Conciliação no 1º grau, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E se observa que o discurso subjacente às campanhas aborda os temas da pacificação social, de mudança de hábito, da litigiosidade do processo judicial para a solução de conflitos pela conciliação ou pela mediação.

Além do Judiciário, os Poderes Legislativo e Executivo também colaboraram para a promoção dos meios consensuais de solução de conflito para determinados casos. As Agências Reguladoras, por exemplo, possuem competência para dirimir determinados tipos de conflitos por meio da mediação ou da arbitragem, como ocorre na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (Lei nº 9.478/96, art. 20) e na Agência Nacional de Aviação Civil - Anac (Lei nº 11.182/2005, art. 8º, inciso XX), que possuem atribuição para compor administrativamente conflitos de interesses entre agentes econômicos ou entre esses e usuários e consumidores, além da participação em arbitragem para resolver conflitos decorrentes de contratos de concessão.

Oscar Chase ressalta a inevitabilidade da disputa numa sociedade, porém, a forma como o conflito é solucionado não deriva somente da iniciativa legislativa, mas de manifestações espontâneas de uma sociedade. Em alguns países da África, por exemplo, o oráculo deve ser consultado, já nos Estados Unidos, um grupo de pessoas estranhas (júri) estabelece um veredito acerca do Réu, enquanto que, na

17 *Idem.*

América Latina, os fatos são determinados por um juiz, principalmente pela análise documental e não pelo depoimento pessoal das partes¹⁸.

Do mesmo modo, Michele Taruffo, ao estudar a relação entre processo e cultura, aborda a questão da “importação” de meios de solução de conflitos, conforme será explorado adiante¹⁹.

1.1 Razões da litigiosidade

Boaventura de Sousa Santos, em palestra realizada em Brasília, da qual resultou o livro *Para uma revolução democrática da Justiça*, traçou um paralelo entre a função e relevância do Judiciário para a sociedade ao longo dos anos e a trajetória político-econômica do Estado brasileiro, afirmando que ocorreram modificações no modo de atuar dos juízes, conforme a oscilação política estatal²⁰.

De acordo com o autor, em parte significativa do século XX, a preocupação dos países latino-americanos foi com o desenvolvimento do Poder Executivo e com sua reforma burocrática, sendo que o Judiciário era visto como um órgão colaborador daquele e o juiz meramente aplicador da lei.

Os regimes autoritários dos períodos dos anos 70 e 80 também não se preocuparam em fortalecer o sistema judicial para que os abusos cometidos não fossem reprimidos. O órgão judicial era o “menos perigoso”, uma vez que não conseguia aplicar suas sentenças²¹, quando contrárias ao interesse do Poder Público. Quando assumiam algum protagonismo, as decisões eram conservadoras e de extrema-direita, como as do Supremo Tribunal da Alemanha, que puniam severamente a extrema-esquerda, em razão de critérios duplos de punição da violência política.

Foi no período entre 1930 e 1945 que o Estado dedicou atenção às questões trabalhistas e sociais. “Vasta legislação foi promulgada, culminando na Consolidação

18 CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York University: NYU, 2005. P. 1-2.

19 TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 63, n. 1, p. 63-91, marzo 2009. P. 64-65.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. P. 11.

21 *Idem*. P. 13.

das Leis do Trabalho (CLT), de 1943”²². Todavia, se com uma mão o Estado concedia direitos trabalhistas, com a outra “constrangia com a legislação sindical”²³. Além disso, com relação à legislação previdenciária, os trabalhadores rurais não foram contemplados, em razão da forte influência dos grandes latifundiários no Governo, assim como os trabalhadores domésticos, devido ao receio de atingir a classe média urbana.

Enfim, o Estado concedia privilégios a algumas categorias e não direitos a todos os cidadãos.

Com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, a atenção voltou-se para a reforma judicial²⁴. A Constituição Federal previu direitos e garantias individuais, direitos sociais, dentre outros. Com a inaplicabilidade desses direitos pelo Poder Público, porém, os brasileiros buscaram por meio do processo judicial garantir a eficácia dos mesmos. Após o desmantelamento do Estado Social, o Poder Judiciário torna-se um órgão congestionado de processos pelo excesso de litigância.

A partir de 1988, o Judiciário passou a ser o protagonista do cenário público, nos termos de Boaventura Sousa Santos²⁵. É passada a ideia de que a sociedade depende de um sistema judicial eficiente para fazer valer os seus direitos. Consequentemente, busca-se fortalecer as carreiras jurídicas e judiciárias, além de realizar reformas processuais.

De modo geral, o fortalecimento do Judiciário na América Latina coincide com o fim do Estado autoritário.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a litigiosidade está associada à cultura jurídica e à política, mas também está relacionada à efetividade da aplicação dos direitos “e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa

22 CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

23 “Ao proteger, interferia na liberdade das organizações operárias, colocava-as na dependência do Ministério do Trabalho. Se os operários eram fracos para se defender dos patrões, eles também o eram para se defender do Estado.” *Idem*, P. 118.

24 “Nunca, como hoje, tanto dinheiro foi investido no sistema judicial, tradicionalmente, uma das áreas de cooperação internacional que não tinha expressão financeira. Calcula-se que se tenham gasto 300 bilhões de dólares em projectos de reforma, e o mais dispendioso terá sido o do sistema jurídico da Rússia depois do colapso do sistema soviético”. *Idem*. P. 12-13.

²⁵SANTOS. Ob. cit. P. 14.

aplicação”²⁶. A Suécia, por exemplo, é considerado o país constituído por políticas públicas do bem-estar e mesmo assim apresenta baixa litigiosidade judicial.

No caso do Brasil, o autor faz a seguinte observação:

Por outro lado, a Constituição de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como também dos chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor.

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional, tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais. Acresce o facto de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais pode lançar mão para invocar os tribunais, como a ampliação da legitimidade para propositura de acções directas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interpirem acções em nome dos seus associados e a consagração do Ministério Público²⁷.

A ação civil pública e a ação popular tornam-se instrumentos bastante utilizados a partir de 1988, como forma de garantir a efetividade dos direitos. Um exemplo recorrente no Judiciário brasileiro é o fornecimento de medicamentos pelos juízes, tendo em vista que a Administração Pública deixa de oferecer tanto o medicamento básico quanto os tratamentos mais especializados. Para Boaventura, o sistema judicial substituiu o sistema da administração pública, “que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social”²⁸.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2009 o Poder Público foi responsável pelo ajuizamento de mais de dois milhões de ações na 1ª instância,

26 *Idem*. P. 17.

27 *Idem*. P. 17-18.

28 *Idem*. P. 19. Todavia, não tem o sistema judicial capacidade para coordenar a gestão pública como um todo, seja para realizar uma distribuição racional de medicamentos, seja para dar o destino do erário conforme o interesse público. Desse modo, dependendo do conflito seria mais eficaz se a sociedade e a Administração Pública gerissem seus próprios conflitos, retirando a carga de trabalho do Judiciário, de dar solução a qualquer discordância. Registra-se, porém, o seguinte entendimento: “A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual, se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do Novo Código de Processo Civil*. Ijuí: Unijuí, 2011. Disponível no endereço eletrônico http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21. Acesso em 19/08/2012. P. 08. Entendo que um dos caminhos para a racionalização e eficiência da administração dos interesses da coletividade seja a mediação, uma vez que o Poder Público consegue satisfazer um direito de uma maneira racional e negociada, ao contrário do que ocorre numa litigância judicial.

sendo que contra a Administração Pública Federal foram demandadas mais de três milhões de ações judiciais²⁹.

De acordo com o Relatório de 2013 do CNJ, no ano de 2012, ainda persistem 8.122.273 milhões de casos pendentes de julgamento na Justiça Federal, sem considerar os 3.114.670 milhões de casos novos ingressos.³⁰ Com relação à totalidade do Judiciário, ingressaram no ano de 2012 28.215.812 milhões de casos novos.

Na esteira do combate à morosidade da Justiça e visando a eficiência na gestão pública, em 2007, foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal pelo Ato Regimental nº 5, cuja regulamentação deu-se pela Portaria da Advocacia Geral da União nº 1.281/2007. O objetivo da criação da CCAF³¹ foi prevenir litígios entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Com a edição da Portaria da AGU nº 1.099/2008, a competência da CCAF estendeu-se para conflitos que envolvem a Administração Pública dos estados federativos ou o Distrito Federal. Em 2010, foi publicado o Decreto nº 7.392, que regulamentou a CCAF, dispondo no art. 18, III, a competência para dirimir conflitos entre órgãos da Administração Pública Federal e os órgãos do Estado e do Município.

Além da criação da CCAF, a qual integra o projeto das “Principais Medidas para Melhoria da Gestão Pública no Governo Federal Brasileiro”, a Secretaria de Assuntos Estratégicos, órgão vinculado à Presidência da República, vem desenvolvendo projetos nos quais se encontram incluídas as Metas do Centenário (Brasil 2022)³².

29 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível no endereço eletrônico: www.cnj.jus.br. Acesso em 01/05/2012.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível no endereço eletrônico: www.cnj.jus.br. Acesso em 23/06/2014.

31 “O objetivo final da existência da CCAF, como já dito, não se limita a aumentar os índices de conciliação, mas, principalmente, disseminar a cultura de pacificação no âmbito da Administração Pública”. *Idem*. P. 92.

32 “As Metas do Centenário se incluem no quadro do bicentenário da Independência do Brasil; para celebrar essa data, o governo brasileiro apresenta à sociedade um plano estratégico de desenvolvimento que pretende aprofundar a democracia com base na participação e na sustentabilidade e por meio do desenvolvimento das potencialidades nacionais. O contexto nacional está entremeadado por uma dinâmica internacional cada vez mais complexa, em que o Brasil tem ocupado, nos últimos anos, um lugar crescentemente privilegiado. Pensar estrategicamente o futuro do Brasil: esse é o objetivo das Metas do Centenário. Participaram da

A Meta 2 tem como objetivo “reduzir o litígio e racionalizar a atuação dos advogados públicos federais, para garantir mais segurança jurídica e desafogar o Judiciário, além de acelerar a resolução de conflitos administrativamente, entre os órgãos da administração federal e entre a União e os entes federados”³³, sendo que uma das ações previstas é “promover instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos”. Já a Meta 3 visa fortalecer a Advocacia-Geral da União em prol da sociedade através do processo participativo e sustentável de gestão estratégica. Uma das ações previstas para essa Meta é “aprimorar os métodos alternativos de resolução de conflitos para assegurar a proteção jurídica do Estado brasileiro”. Cumpre destacar que a Meta 5 tem como uma de suas ações “retirar mais de dois milhões de ações da Justiça, mediante cooperação entre a AGU e o CNJ para diminuir número de ações ajuizadas em matéria de direito à saúde, como o incentivo à conciliação e à mediação de conflitos e a definição de marcos legais para as políticas de saúde”.

Portanto, resta implementar as metas o mais breve possível, bem como garantir maior abrangência possível às ações previstas.

Ressalta-se, porém, que o Poder Público não é o único responsável pelo aumento da litigância. No âmbito do direito do consumidor, por exemplo, é corrente os empresários deixarem de aplicar normas que beneficiam o consumidor, em razão do custo-benefício estipulado no retardamento da prestação do direito.³⁴

elaboração das Metas técnicos da SAE, representantes de todos os Ministérios, da Casa Civil e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)”. *Idem*. P. 91.

33 SECRETARIA DE ASSUNTO ESTRATÉGICO. Disponível no endereço eletrônico www.sae.gov.br. Acesso em 01/05/2012.

34 “DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. DOENÇA PREEXISTENTE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO CUMULADO DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS. ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE, QUE NEGA COBERTURA À INTERNAÇÃO DE SEGURADO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. Alegação, desacolhida, de estar o segurado dentro do prazo de carência previsto para doenças preexistentes. Incidência do verbete nº. 302, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Abusividade das cláusulas limitadoras da prestação de serviços médicos, quando envolver risco à vida ou à saúde do paciente. Dano moral configurado. Verba indenizatória arbitrada proporcionalmente ao fato e respectivo dano. Honorários advocatícios corretamente fixados, com observância do disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil. Recurso a que se nega seguimento, com base no *caput* do artigo 557, do CPC”. TJ/RJ, Processo nº 0229761-75.2009.8.19.0001, Relatora Des. DENISE LEVY TREDLER, Julgamento: 17/12/2010 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, disponível no endereço eletrônico www.tjrj.jus.br. Acesso em 27/04/2012.

Com a recorrente violação de direitos, o Judiciário passou a ser o poder detentor de legitimidade perante a sociedade, criando expectativas em torno do sistema judicial.

Além do aumento da litigiosidade, outro transtorno sucedido com a violação de direitos foi a “criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades do judiciário”³⁵.

Outrossim, o sistema judicial vê-se pressionado pelo novo modelo econômico, baseado nas regras de mercado e nos contratos privados, o qual necessita de um Judiciário célere e eficaz.

Nesta nova fase, podemos identificar, em relação ao judiciário, dois grandes campos. O primeiro é um campo hegemônico. É o campo dos negócios, dos interesses econômicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permite, efectivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo.³⁶

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi iniciada a reforma mais recente do Judiciário, com o mote do acesso à justiça e da celeridade processual, prevendo no ordenamento, por exemplo, a súmula vinculante e a repercussão geral do recurso extraordinário.

Outra iniciativa do Estado referente à reforma do Judiciário foi o acordo entre as autoridades máximas dos três Poderes da República brasileira, denominado “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Ágil e Republicano”, o qual previu 11 compromissos para o desenvolvimento do sistema judicial, dentre eles, a reforma do sistema recursal³⁷.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1973 sofreu diversas alterações com a publicação de leis esparsas, com o intuito de “atacar os principais bloqueios de natureza processual: a execução civil, o sistema de recursos e os processos repetitivos”³⁸. Nesse movimento foi incluída regulamentação do processo eletrônico.

1.2 Desenvolvimento das ADRs nos Estados Unidos: processo cultural

35 SANTOS, *op. cit.* P. 21.

36 *Idem.* P. 23.

37 *Idem.* P. 26.

38 *Idem.* P. 27.

Oscar Chase estudou as formas de solução de conflito como uma questão cultural, sendo a forma de resolução de conflito reflexo da cultura a qual pertencemos. Cultura seriam as ideias tradicionais, valores e normas de grupo social, incluindo proposições, que podem ser de comportamento (matar é errado) e de cognição (a terra é redonda)³⁹.

Para o autor, a mudança ocorrida nos Estados Unidos na seara processual no século XX, da solução de conflitos nas cortes formais de adjudicação para as ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), deu-se em razão de causas institucionais, políticas e, principalmente, culturais. A valorização das ADRs ocorreu concomitante aos debates daquela época, à desconfiança do governo, à privatização, à humanização de instituições, ao progresso social por meio do desenvolvimento individual, dentre outros fatores. O debate acerca do uso de meios alternativos estava relacionado aos valores americanos de liberdade, individualidade, populismo (no sentido de participação popular das decisões políticas) e livre iniciativa.

Esclarece Oscar Chase que nos Estados Unidos a ADR inclui negociação, mediação, arbitragem, “med-arb” (a combinação de mediação e arbitragem), *early neutral evaluation*⁴⁰ e julgamento sumário do júri, sendo que os mais comuns são a mediação e a arbitragem.

Apesar do termo “alternativo”, o autor acredita que o sucesso dessas formas de solução deu-se não só porque é tão frequentemente incorporado aos processos, mas também porque foi submetido a um processo de regulamentação pelo Poder Legislativo.

Pode-se afirmar que o resgate do uso da mediação e da arbitragem no século XX deveu-se à contribuição do Judiciário em estabelecer programas de cortes anexas, envolvendo a criação de serviços de mediação e arbitragem administrados pelos tribunais. Em algumas Cortes, os casos são encaminhados diretamente às

39 CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York University: NYU, 2005. P. 6.

40 “Early Neutral Evaluation (ENE), the proceedings of which are considered confidential, encourages direct communication between adversarial parties about possible claims and supporting evidence—particularly important in situations where the disputants are far apart in their views on how the law applies to the case in question or what the case is worth. In these instances, an evaluation of the dispute that seeks to determine best and worst case alternatives can point the way to a negotiated agreement.” American Arbitration Association. Disponível no endereço eletrônico: www.adr.org. Acesso em 25/06/2014.

ADRs, podendo retornar ao juiz caso as partes fiquem insatisfeitas com o resultado da mediação.

Além disso, o Judiciário norte-americano contribuiu para a explosão das ADRs incentivando vigorosamente os acordos privados. A mudança pode ser notada numa série de julgamentos da Suprema Corte, que inicialmente não defendia a arbitragem como um meio válido de solução de litígio. Em 1953, foi decidido que a arbitragem não poderia ser usada para solucionar ações de fraude com base em violação de leis federais de seguridade. Em 1967, a Corte decidiu que a Federal Arbitration Act (FAA) deve ser aplicada nas cortes estaduais e federais. Já no ano de 1983, a Corte anunciou que “qualquer dúvida concernente ao alcance das questões que podem ser levadas para a arbitragem deveriam ser resolvidas em favor da arbitragem, se o problema é a elaboração da linguagem contratual em si, ou uma alegação de exceção, suspensão ou como um tipo de defesa para a arbitrabilidade”⁴¹.

Várias outras decisões da Suprema Corte norte-americana afirmaram a validade de cláusulas de arbitragem frente às leis federais que restringiam seu uso para determinadas questões. Segundo Oscar Chase, o resultado dessa sucessão de casos foi a inserção cada vez mais frequente de cláusulas de arbitragem nos contratos entre os comerciantes e os consumidores ou entre as corporações e seus empregados.

O Poder Legislativo também contribuiu para o fortalecimento das ADRs, encorajando, financiando e, algumas vezes, obrigando os meios alternativos nos tribunais e nas agências. Como exemplo, o Congresso editou não menos de cinco leis favoráveis às ADRs entre 1980 e 1998. Isso encorajou governos, governantes locais e organizações não governamentais a desenvolver mecanismos de resolução de conflito efetivos e baratos, além de fornecer assistência financeira a essas entidades que desenvolveram ou estabeleceram as ADRs.

O Civil Justice Reform Act of 1990 determinou que todos os tribunais distritais criassem e implementassem um plano de redução de custo e de diminuição de obstáculos para as ADRs dentro de quatro anos. Esse mesmo regulamento

41 CHASE. *Op. cit.* P. 98.

estabeleceu que os conflitos que envolvem as agências administrativas devem ser solucionados pelas ADRs⁴².

Em sequência, o Congresso editou o Alternative Dispute Resolution Act of 1998, ato normativo que estabeleceu que todo tribunal federal deve criar um programa de ADR, atribuindo aos tribunais a opção pelo tipo de solução alternativa que poderão implementar. Na exposição de motivos, o Congresso explicou que as ADRs têm o potencial de fornecer uma variedade de benefícios, incluindo uma maior satisfação das partes, a utilização de métodos inovadores de solução de conflito e uma ótima eficiência em fechar acordos, além de reduzir a quantidade de casos pendentes nos tribunais americanos.

No entanto, Oscar Chase afirma que os esforços do Judiciário e do Legislativo contribuíram para o desenvolvimento das ADRs, mas não explicam o sucesso do movimento nos Estados Unidos.⁴³

Numa breve síntese da história dos meios alternativos, Jerold Auerbach narra que os colonos eram motivados a fazerem acordos por uma religiosidade utópica, que pregava uma ideologia da comunidade, sendo que a litigância era desencorajada. Todavia, Auerbach relata que essa visão de comunidade não sobreviveu às mudanças sociais ocorridas pelo crescimento e pela diversidade da população⁴⁴.

À medida que a mediação mantinha-se vigorosa como uma resposta às disputas, foi sendo largamente utilizada em várias comunidades utopicamente auto-organizadas e dentro do mundo isolado dos grupos de imigrantes (tal como os chineses).

Já arbitragem foi adotada desde cedo pela classe dos comerciantes. Na metade do século XVIII, a arbitragem era a forma de solução de conflito favorita dos comerciantes, por ser mais célere e menos cara, sendo que, em 1768, a Câmara de Comércio de Nova York criou um tribunal de arbitragem.

42 "In this act, Congress authorized using ADR in a wide variety of administrative programs in order to 'enhance the operation of the Government and better serve the public'". *Idem*. P. 100.

43 Jerold Auerbach demonstra na sua obra *Justice without Law* que a solução alternativa de disputa é uma característica do povo americano. AUERBACH, Jerold S. *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press, 1983. *Apud: Idem*. P. 100.

44 "Dispute resolution outside of court was an important aspect of the ethics and practice of the early English settlers". *Idem*.

Uma crise da justiça no início do século XX resgatou o tema das ADRs. As principais causas do descontentamento com relação ao Poder Judiciário eram a existência de obstáculos aos tribunais e o custo do processo judicial. Segundo o autor, a resposta norte-americana foi similar à brasileira nos dias atuais. Buscou-se nas soluções alternativas de conflito, principalmente na conciliação e na arbitragem, uma maneira de conferir acesso à justiça e diminuir a carga de trabalho dos tribunais.

A conciliação foi um meio de solução adotado para as classes menos favorecidas, sendo que a arbitragem comercial não teve esse destino. A arbitragem foi abraçada pelas corporações, não somente para fugir dos tribunais abarrotados de processos ou do populismo do júri, mas também para evitar o controle dos negócios pelo governo, uma característica político-econômica do início do século XX.⁴⁵

Embora o impulso do Judiciário tenha sido crucial para o uso da ADR, outras razões permitiram o sucesso dessas formas de solução de conflito. Basta pensar que muitas disputas encaminhadas para os tribunais anexos poderiam retornar às cortes, caso uma das partes se arrependesse do acordo.

Algumas das razões para a eficácia do acordo foi o elevado custo do processo judicial, o julgamento por um júri, a questão da privacidade e a solução célere da controvérsia pela mediação.

Não obstante, não foram esses os principais motivos e também determinantes para o aumento da procura pela ADR. Oscar Chase afirma que a força da ADR vem da cultura desenvolvida nos Estados Unidos e dos movimentos sociais, como a crítica à “hyperlexia”.

De acordo com esse movimento, a nação estava sofrendo com o excesso de normatização, que procurava regular uma variedade de direitos. Como diversas questões foram normatizadas e transformadas em direito, houve o aumento expressivo de litígios no Judiciário, porém, essa proteção excessiva não garantiu que os conflitos fossem resolvidos em tempo hábil. Também criticavam a exacerbada confiança nas instituições estatais na solução das lides, vez que isso fortalecia as figuras autoritárias tradicionais ou outras agências governamentais.

45 Ressalta-se que atualmente os agentes do mercado norte-americano têm preferido a mediação empresarial, por considerarem a arbitragem semelhante ao processo judicial, pela questão da morosidade e da produção de uma sentença arbitral que pode não corresponder às expectativas das partes.

A ideia desse movimento era retirar dos tribunais determinados conflitos sem expressão econômica, como as lides que envolvem direito do consumidor. O argumento era de que as cortes não estavam equipadas favoravelmente para essas espécies de conflito e que, por vários motivos, tais causas não precisavam de uma decisão judicial para solucionar seus conflitos.

A reação “hyperlexa” pode ser considerada um fenômeno político cultural, haja vista que o discurso era concernente com o acesso ao poder estatal. Além disso, o movimento tinha como prioridade o litigante e não a carga de processo.

Em 1976 ocorreu um evento organizado por advogados e juizes, convocados por Warren E. Burger (mais tarde presidente da Suprema Corte), denominado National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (Conferência Nacional sobre as causas de insatisfação popular com a administração da Justiça). O discurso de Burger foi no sentido de se optar pelas soluções alternativas de conflito. Causas com baixo valor monetário, questões familiares e indenizações por responsabilidade civil poderiam ser resolvidas por um novo caminho, de acordo com o conferencista.

A apresentação de Frank Sander na Conferência também encorajou o uso da ADR, ao sustentar que os tribunais não poderiam mais responder de forma efetiva ao aumento de demandas. Sander prestou excelente contribuição à definição de ADR ao descrever como os diferentes tipos de disputas poderiam ser beneficiados por diversos instrumentos, como a arbitragem, a mediação, a adjudicação, dentre outros.

Apesar dos discursos de Frank Sander e de Warren Burger estarem mais preocupados com a proteção dos tribunais ante a avalanche de litígios, também invocaram o potencial da ADR em solucionar as relações comunitárias.

Anos mais tarde, os discursos proferidos na Conferência fizeram com que a arbitragem e a mediação espriassem pelos Estados Unidos, desde os tribunais às cortes privadas.

No entanto, o aumento do uso da ADR não se deve somente ao movimento coordenado pelas elites, mas também pelo movimento popular chamado *counterculturalism*.

O *counterculturalism* refere-se a um movimento dos anos 60, identificado como a “nova consciência” por Charles Reich⁴⁶. Nesse período, questionavam-se atitudes autoritárias e conservadoras, como ocorreu no Woodstock. As ideias consistiam basicamente nos valores americanos de individualismo, populismo, livre iniciativa e igualdade, mas atribuídos de significados dados pelo próprio movimento.

Também estavam em debate temas como autoritarismo, realização pessoal e comunitária. Sustentavam que as disputas solucionadas pelas Cortes ofendiam a crença na recusa do uso da coerção nas relações interpessoais. O resgate dos meios alternativos de solução de conflito tinha conexão com o movimento da justiça comunitária, que visava evitar a resolução de conflitos pelos tribunais, evitando, assim, o poder da elite e o fato de que os membros da comunidade não aprendiam a solucionar seus próprios problemas.⁴⁷

Visionários da mediação alegavam que essa forma de solução de disputa teria a capacidade de tornar a sociedade menos individualista. Isso porque a técnica da mediação é baseada na informalidade e na consensualidade, sendo que as próprias partes definem os problemas e os objetivos sem a necessidade do jargão dos tribunais.

De acordo com Robert Baruch Bush e Joseph Folger, a transformação do indivíduo com a mediação consiste no fortalecimento do respeito consigo mesmo, na autoconfiança e na independência⁴⁸. Além do indivíduo, a sociedade também se tornará fortalecida, mais integrada.

Do mesmo modo, outras expressões culturais divulgaram o fortalecimento da autonomia da vontade. Um deles referia-se às privatizações com relação à administração pública norte-americana. Como a eleição de Ronald Reagan para Presidente em 1980 foi o símbolo da superação do setor privado sobre o público. Nos termos de Ronald Reagan, o Governo não era a solução, mas parte do problema.

46 REICH, Charles A. *The Greening of America: How the Youth Revolution is Trying to Make America Livable*. New York: Random House, 1970. *Apud: Idem*. P. 109.

47 Segundo Oscar Chase, um dos aspectos que contribuiu para o sucesso da mediação nesse período foi a exclusão de advogados do papel protagonista e a inclusão das próprias partes no debate.

48 BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bass, 1994. P. 259. *Apud: Idem*. P. 110.

No contexto da desregulação econômica, decorreu a privatização dos meios de solução de conflito. Conforme o exposto, a ADR foi encorajada pelo Congresso e as decisões da Suprema Corte davam suporte ao Federal Arbitration Act. Com isso, as corporações encorajavam-se em prever cláusula compromissória nos contratos trabalhistas, de venda e de seguro, dentre outros.

Para Oscar Chase, a instituição de Cortes anexas para realização de ADR também era um tipo de privatização, apesar da mediação ou arbitragem ocorrer sob a supervisão de um tribunal do Estado.

Finalmente, um fator cultural que contribuiu para o sucesso da ADR foi a perda da fé na certeza, ou seja, numa verdade absoluta. F. David Peat descreveu esse processo de descrença em diversas expressões culturais, como na arte, na física, na matemática e na ciência linguística⁴⁹. Conclui esse autor que não existe uma explanação definitiva, muito menos observações totalmente objetivas.

De acordo com a “nova consciência”, o pensamento não é linear, espontâneo ou desconectado⁵⁰. Esse ideal pós-moderno criticou a atuação dos tribunais, principalmente com relação aos métodos de produção de prova: testemunha ocular, confissão, inclusive a impressão digital. Mas a nova filosofia não se restringia à descoberta da verdade, também criticava o sistema de prova legal. Escolas de Direito argumentavam que as leis não garantem decisões objetivas, uma vez que as regras são facilmente manipuladas.

O mundo jurídico não ficou imune a essa nova consciência. A conexão de tal pensamento com a ADR era óbvia. Se as Cortes não conseguem mais convencer que seus processos formais e caros são capazes de revelar os fatos e aplicar corretamente a lei, por que ajuizar uma ação?

Além disso, se não existe uma verdade para ser desvendada, apesar dos métodos empregados, por que tentar descobri-la? A partir dessa nova consciência, a mediação torna-se atrativa, tendo em vista que o objetivo não é o acerto do Direito, mas alcançar o interesse das partes, com a ajuda de um mediador. O mediador não se preocupa em revelar os fatos do passado, mas em se concentrar nos interesses por detrás do conflito.

49 PEAT, F. David. *From Certainty to Uncertainty: The Story of Science and Ideas in the Twentieth Century*. Washington, D.C.: Joseph Henry Press, 2002. *Apud: Idem*. P. 112.

50 REICH. *Ob. cit.* P. 79-83. *Apud: Idem*.

Portanto, o crescente uso da ADR nos Estados Unidos foi resultado da promoção do Estado e dos movimentos culturais, cujo fundamento destes é o nascimento de uma sociedade menos hierárquica e menos litigiosa.

1.3 Processo e cultura segundo Michele Taruffo

Para Michele Taruffo, antropólogos e filósofos não conseguiram definir um significado comum e universal para cultura, podendo ser encontradas diversas definições para esse termo⁵¹. Outrossim, utiliza-se o termo cultura para diversos ramos do conhecimento, como cultura jurídica, cultura filosófica, cultura musical, cultura católica, dentre outras.

De acordo com o autor, não existe uma cultura universal, muito menos uma cultura jurídica universal ou uma cultura processual universal. Na verdade, coexistem muitas culturas que nem sempre são nacionais, mas sim regionais. A cultura confuciana, por exemplo, que há milhares de anos é adepta à conciliação como método harmonioso de solução de conflito, certamente não é uma cultura nacional, pois influenciou vários ordenamentos asiáticos, mas também não é universal. Isso porque a mediação realizada no mundo asiático não coincide com a cultura da mediação dos anos 70 dos Estados Unidos, nem com os métodos da ADR na Europa.

Outro exemplo dado por Michele Taruffo é o mito do júri, que resiste nos sistemas jurídicos da *common law* e que exprime um importante componente cultural. Não se pode dizer que o júri faz parte de uma cultura universal, posto que os ordenamentos pertencentes ao *civil law* não mais se utilizam do júri no processo civil.

Assim sendo, apesar de a globalização ter contribuído para uma considerável homogeneização em alguns setores do Direito, como nos contratos comerciais, não se verificou essa tendência no processo civil, com exceção da arbitragem comercial internacional, que tendem a seguir o procedimento previsto na Uncitral.

⁵¹TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 63, n. 1, p. 63-91, marzo 2009. P. 63.

Taruffo questiona, inclusive, a existência de uma cultura nacional. Os Estados Unidos, por exemplo, possuem várias culturas jurídicas.⁵² Também na Itália não se pode afirmar que exista uma cultura nacional de direito ou de direito processual, principalmente em decorrência da harmonização das regras nacionais com as regras estabelecidas pela União Europeia, formando uma fusão entre o direito nacional e o direito europeu.

Desse modo, Michele Taruffo entende que não parece real a existência de um Código de Processo Europeu para ser aplicado de modo homogêneo e uniforme por todos os membros da União Europeia⁵³. As tradições locais, a história de cada país, a estrutura e a organização de cada nação são fatores que marcam uma diferença tão grande entre os membros, que é difícil imaginar que serão superados para a disciplina única do processo civil.

Dessa forma, o debate a respeito da cultura no direito processual é, sim, relevante, pois se trata de um obstáculo muito forte e dificilmente não superável para a integração do direito processual europeu.

No discurso da relação entre a cultura e o processo, Michelle Taruffo faz referência à cultura técnica do processo civil⁵⁴. A cultura técnica ocupa-se de construir, interpretar e aplicar os institutos do processo. Todos os aspectos processuais são objeto de estudo e de elaboração, prevalecendo um excesso de sofisticação. Nesse caso, pode-se falar numa cultura nacional, tendo em vista que os juristas italianos ocupam-se de estudar somente o direito processual interno, ignorando a experiência estrangeira. Registra-se, contudo, a existência na Itália de uma Escola de Direito Comparado, que confronta os diversos ordenamentos jurídicos processuais e com isso contribui para o desenvolvimento do direito processual.

Para Michelle Taruffo, o processo civil não pode desviar-se do seu escopo, que é instrumental.⁵⁵ Estabelecendo-se o escopo do processo, verifica-se qual cultura técnica deva ser descartada. Tal escolha é essencialmente ideológica, fazendo parte de um contexto sociopolítico e não jurídico. Por exemplo, se o processo é voltado

⁵² Idem.

⁵³ Idem. P. 68

⁵⁴ Idem

⁵⁵ Idem. P. 70

para os anseios meramente privados ou para a formação de decisões justas, com a correta aplicação da lei, esta não é uma discussão técnica, mas ideológica.

Além disso, o processo não é puramente técnico e o seu conhecimento não se exaure na cultura técnica. Segundo o autor, *“la tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l’ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire”*⁵⁶.

Nesse sentido, um modelo processual nasce da combinação da ideologia com a técnica. No caso da Itália, e também dos demais países da Europa, prevalece a natureza pública do processo, que tem como característica o discurso da eficiência do processo, bem como do respeito ao seu escopo, que não se exaure com a garantia da liberdade das partes. Defende-se um processo voltado para o interesse público, para a qualidade e legitimidade das decisões judiciais, sendo o objetivo principal o alcance da justiça.

Já a cultura constitucionalista entende que o processo deve ser acessível a todos, rápido, simples, barato e capaz de resolver adequadamente os conflitos, muito embora na Itália o processo seja demorado, complicado e ineficiente.

Exemplo como a cultura influencia o ordenamento de um país pode ser verificado na teoria geral da prova. Nos Estados Unidos, por exemplo, a busca da verdade real não é um princípio estrutural do processo, em razão do forte apelo privatístico do sistema. A situação é completamente diversa, se uma sociedade adota uma ideologia voltada para a prestação de decisões justas. A busca pelo acerto da verdade dos fatos é uma marca da cultura jurídica e social da Europa continental. Por isso, a audiência instrutória não é uma representação teatral, como ocorre no sistema norte-americano.

De acordo com o autor, a crise do Judiciário na Itália é fruto da incapacidade do Poder Público de enfrentar seriamente os problemas por meio de uma reforma radical do processo civil. Deve ser atribuída, também, à incapacidade da cultura processualista italiana (ou da maior parte dela) a demora da prestação jurisdicional. Se, por um lado, não enfrentam as questões ideológicas do problema, por outro, não se interessam em saber como os demais países europeus enfrentam as mesmas dificuldades.

56 TARUFFO. *Op. cit.* P. 71.

Na visão de Taruffo, tema complexo e que envolve o debate da cultura são os meios alternativos de conflitos, a ADR. Apesar da tradição da conciliação na Itália, não se pode dizer que ocorre com frequência, bem como afirmar sua relevância para o processo. Sobretudo, não se pode defender que se formou uma cultura da conciliação, mas, ao invés disso, prevaleceu a cultura da sentença.

No entanto, surgiu nos últimos anos a tendência da ADR na Itália. Segundo o autor, parte do modismo é imitação da cultura norte-americana, e outra parte seria resultado da incapacidade do legislador de construir um instrumento rápido e eficiente de tutela jurisdicional, bem como da incapacidade de governar o trabalho (excessivo) dos tribunais.

Em razão dessa incapacidade, o legislador vem induzindo os cidadãos a utilizar dos métodos alternativos, sobretudo a conciliação, para evitar que as partes resolvam seus conflitos no Judiciário. Seria um recado do legislador para a sociedade: como o processo é lento e ineficiente, e não se vislumbra uma melhora, procure resolver suas controvérsias fora do Judiciário. Desse modo, a ADR é implementada com um discurso ideológico, de que a justiça privada é preferível em relação à justiça pública.

Considerando que não é possível dissociar o processo da cultura e que existem, na verdade, diversas culturas, até mesmo dentro de um mesmo país, dentro de um mesmo sistema jurídico (que não pode ser ignorado quando se estuda o processo), não é por meio da imposição de técnicas ou da importação de modelos que o problema da morosidade da prestação jurisdicional será resolvido. Com base no escopo do processo, cabe ao Poder Público e à sociedade avaliar os verdadeiros entraves, considerando na avaliação os fatores de ordem cultural que colaboram para a morosidade da justiça. Não basta convencer o cidadão de resolver seus conflitos pelo consenso, se, na verdade, existem outras causas para a ineficiência da tutela jurisdicional.

Trazendo essa análise para o direito brasileiro, no nosso entendimento, a questão da opção do principal método de solução de conflito como um fator cultural não pode ser ignorada na institucionalização da mediação no Brasil.

Seria simplório supor que o problema da litigiosidade no Brasil denota apenas a ignorância de outros instrumentos. Outros fatores contribuem para a demanda judicial como primeira opção de solução de conflito, como a cidadania enfraquecida,

marcada pelo frequente violação de direitos e abuso de poder. Se o cidadão possui expectativas somente no Judiciário à realização de seus direitos, é natural sua aspiração em propor uma ação judicial tão logo a ameaça se instale.

Isto posto, não será com o mero deslocamento do conflito do processo judicial para os meios consensuais que se atingirá a pacificação social, e a cultura da litigiosidade será desfeita, se as causas da crescente litigiosidade não se dissiparem.

Por isso, cabe ao Estado somente promover os meios adequados de solução de conflito, sem impor ao cidadão um determinado instrumento e, simultaneamente, adotar políticas de desenvolvimento socioeducacional no país.

Conforme observado por Oscar Chase, a disseminação dos métodos alternativos nos Estados Unidos teve como principal propulsor os movimentos culturais, oriundos da sociedade civil, que contribuíram para uma mudança da consciência social e, com isso, possibilitou o cumprimento dos acordos. Movimentos sociais defendiam uma nova consciência, desatrelada do Poder Público, como a valorização da autonomia do indivíduo, a privatização, a participação popular nas decisões políticas, a transformação da sociedade através da ADR. Essas ideias difundidas na sociedade resultaram num desinteresse natural pelo Judiciário, tornando comum a solução de alguns conflitos por meio do consenso.⁵⁷

Embora o Poder Judiciário venha tomando medidas de encorajamento e implementação da conciliação e da mediação, ainda assim o Brasil possui uma cultura da sentença, isto é, as partes envolvidas em um conflito delegam ao Estado a solução da disputa.

Vários fatores contribuíram para a formação dessa sociedade litigante, como a cidadania tardia, a alternância entre democracia e ditadura, a avalanche de direitos previstos na Constituição de 1988, dentre outros. Kazuo Watanabe também destaca que o discurso nas Universidades até recentemente também encorajava a litigância, sem fazer menção destacada aos meios alternativos de conflitos.⁵⁸

Outro aspecto a ser considerado é que o direito processual brasileiro fundamenta-se em ideais garantísticos, onde a busca pela verdade dos fatos é

⁵⁷CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 149

⁵⁸WATANABE, Kazuo. *A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007, P. 7

relevante para o alcance de uma decisão justa, ao contrário do sistema norte-americano, em que prevalece o interesse privado das partes na composição da lide. Desse modo, os meios consensuais devem ser institucionalizados nos tribunais sem violar os princípios fundamentais, reservando ao juiz o resguardo do processo justo e ao mediador os métodos autocompositivos.

No mesmo sentido, Michele Taruffo entende que o processo deve ser analisado sob o aspecto cultural, o qual abrange a opção de ideologias para a formação de um modelo processual, não somente da técnica.⁵⁹

Além disso, não existe apenas uma cultura nacional, mas diversas culturas dentro de um mesmo sistema, como a cultura constitucionalista, a cultura processualista, a processualista técnica, dentre outras, as quais devem ser acatadas ao se estabelecer uma política pública de institucionalização de mecanismos de solução de litígio.

No caso da Itália, não existe uma cultura da conciliação ou da mediação, mas sim uma cultura da sentença. Apesar disso, o Estado previu a mediação obrigatória como meio de resolver a crise do Judiciário.

Portanto, os estudos de Oscar Chase e de Michele Taruffo criticam a imposição de métodos de composição de litígio, como tem ocorrido na Itália com a previsão legal da mediação obrigatória. Isso porque uma sociedade possui determinada cultura ou consciência e uma ideologia, que não podem ser abruptamente desrespeitadas.

Uma sociedade ainda dependente da atuação do Judiciário para solucionar a maior parte de seus conflitos não tem como característica a autonomia fortalecida de seus cidadãos. Devido a isso, deve o Estado garantir o respeito à valorização do indivíduo, à participação popular nas decisões políticas, à realização pessoal e à maior independência na gestão dos conflitos.

O atual papel do Judiciário, de encorajar a mediação, colabora para a gradual mudança do hábito da litigiosidade excessiva para o uso de meios alternativos como uma forma concomitante de solução de conflito. Diante de uma sociedade que possui o costume de demandar o Judiciário para resolver conflitos de toda ordem, é necessário um encorajamento inicial, e paralelamente deve-se analisar as causas da excessiva carga de processos. Todavia, o uso da mediação não pode ser uma

⁵⁹TARUFFO. *Ob. Cit.* P. 71

medida imposta, mas sim fruto do desenvolvimento natural da sociedade, do florescimento de uma cidadania fortalecida.

Por outro lado, compreender os métodos de solução de conflito como uma opção cultural e não como uma questão de técnica, e compreendida somente no estudo dogmático, nos faz refletir acerca da possibilidade de repensar a forma como estamos solucionando nossos conflitos. O momento de crise do Estado e, por conseguinte, do Judiciário, particularizada pela quantidade de processos, como também pela qualidade das decisões, impulsiona reformas legislativas que visam encurtar o tempo do processo. No entanto, a celeridade processual como está sendo regulamentada pode resolver a questão sob o ponto de vista dos membros do Judiciário, pois ao restringir o processo garantístico com julgamentos em massa, sem focar na análise particularizada do caso concreto, é a ocasião de buscar novos meios de solução de conflito. Não se trata de um entendimento similar ao legislador italiano, que pretende disciplinar a mediação simplesmente para diminuir a carga de trabalho do Judiciário, obstaculizando o acesso aos tribunais, conforme será demonstrado. A crise enfrentada pelo Judiciário brasileiro reflete a sua incapacidade estrutural de solucionar todos os conflitos da sociedade, e como remédio não basta acelerar o processo, é preciso promover outros canais de composição de litígio.

2 O SENTIDO CONTEMPORÂNEO DE JURISDIÇÃO

Nesse capítulo vamos estudar a natureza da jurisdição, para reunir as principais características modernas dessa função. Também será abordada sua relação com novos instrumentos de solução de conflito, em destaque para a mediação. Por fim, estudaremos a releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição como consequência lógica da evolução do instituto.

2.1 Jurisdição e mediação

A jurisdição para a ciência processual é definida como uma função exclusiva do Poder Judiciário, cujo escopo é a correta aplicação da norma jurídica, imposta ao vencido da causa, sob a ameaça do uso de meios coercitivos, para que se evite a vingança privada dos conflitos na sociedade ou autotutela dos direitos. É com base

na Constituição Federal que a doutrina tem esse entendimento, a qual é “enfeixada em *numerus clausus* nos órgãos arrolados no art. 92 da CF”⁶⁰.

A definição clássica de jurisdição tem origem no direito processual civil oitocentista, o qual está assentado na teoria de Chiovenda, para quem “o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.⁶¹ Também não é demais recordar que a jurisdição de natureza pública é uma herança do período final do direito romano, em que a solução do conflito deixou de pertencer aos árbitros para se deslocar ao poder estatal.⁶²

Por outro lado, a resolução dos conflitos por meio de um instrumento privado é visto como alternativo e excepcional frente à jurisdição estatal, somente sendo possível o exercício da tutela privada quando consentido pelo Estado mediante aprovação em lei. O Estado-juiz, então, possui exclusividade na interpretação da vontade da lei, tornando-se, paulatinamente, com o seu fortalecimento, o receptor de litígios de toda a sociedade.

Apesar do entendimento moderno da doutrina e da jurisprudência acerca do que seria essa vontade da lei⁶³, em razão do constitucionalismo contemporâneo, é certo que a fonte principal da solução de conflito pelo Judiciário ainda é a norma, principalmente por uma razão cultural.⁶⁴

60 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 50.

61 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. P. 56.

62 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 32.

63 “Como já foi demonstrado, o juiz, no Estado constitucional, deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei – inclusive através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto –, a inconstitucionalidade da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão no caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____ (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 73-74.

64 “Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controles das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.).

Contudo, embora a definição esteja sedimentada, a jurisdição não é um conceito dogmático, ao invés disso, oscila conforme o momento histórico e forças político-econômicas. Trata-se, assim, de um conceito em evolução.

Como exemplo dessa correlação, 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 Estado totalitário, embora no Brasil essa atuação participativa das partes ainda não esteja consolidada.

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.⁶⁵

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.⁶⁶

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

Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 32-33.

65 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. 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, p. 20-54, jan./dez. 2008. Disponível no endereço eletrônico: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf#page=20, acesso em 22/02/2014. P. 5-6.

66 “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. *Op. cit.* P. 09-10.

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.⁶⁷

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

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

(...)

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.⁶⁸

Luigi Ferrajoli apresenta uma outra perspectiva sobre o que seria a jurisdição, definida esta como instrumento fundamental de atuação de direitos. Para o jurista, a jurisdição seria 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.⁶⁹

Segundo Ferrajoli, sem a garantia da jurisdição, não se pode afirmar que se goza de um direito, visto que, na hipótese de violação, não poderá o Estado-juiz

67 “Cada pueblo, cada sociedade, cada epoca, ha visto la idea esencial de la vinculación del juez a um 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.

68 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, p. 179-212, 2003. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 22/01/2014.

69 “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*, Porto Alegre, ano 26, v. 1, n. 75, p. 424-444, set. 1999. P. 432.

impor sua realização.⁷⁰ Essa lacuna ocorre em vários sistemas jurídicos, como na Itália, em que direitos consagrados pela Constituição não são revestidos de tutela jurisdicional. Trata-se de vazias proclamações retóricas de direitos fundamentais.

Além disso, o autor afirma que a jurisdição possui duas características: a) aplicação das normas jurídicas às lides; b) comprovação dos fatos por meio de provas, como premissa essencial para a aplicação das normas. Assim, cabe ao juiz determinar os fatos que devem ser provados e a qualificação jurídica pertencente a cada um deles.

Ao comentar a obra de Ferrajoli, Michele Taruffo observa que o conceito defendido por Ferrajoli não abrange outros meios de solução de conflito, os quais não possuem a forma de um processo judicial, e por isso deixa de lado alguns sistemas, como o norte-americano.⁷¹ A crítica de Taruffo é que a preocupação maior desses sistemas que defendem os meios alternativos de solução de conflitos como principal via é somente com o procedimento, ou seja, com a legitimidade da forma como se resolvem os conflitos.

É por esse motivo que Ferrajoli, ao contrário da corrente procedimentalista, acentua que a jurisdição possui a função precípua de aplicar corretamente a lei ao caso concreto. Desse modo, o autor entende integrar a definição de jurisdição a ideia de justiça das decisões. Seria estranha a preocupação tão somente com o processo justo, porém, deixando-se de lado a correta aplicação da lei. Sendo assim, ao jurisdicionado deve ser garantida a verificação correta dos fatos, de modo que a legitimidade do Poder Judiciário resida na colheita imparcial das provas.⁷²

Alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano, estão voltados para a solução da controvérsia, buscando resolver o litígio pelo consenso, razão pela qual a atividade das partes predomina em relação aos atos do juiz. Trata-se de processos fundados na livre iniciativa privada, que considera o resultado relevante sob o ponto de vista da pacificação da sociedade e não do direito.

70 TARUFFO, Michele. *Leyendo a ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. (Páginas sobre Justicia Civil). P. 21-22.

71 “De un lado, poner de modo tan claro y decidido el acento sobre la aplicación de las normas sustanciales en la decisión judicial, permite dejar de lado todas las teorías – florecidas en el ámbito estadounidense pero sólo en él – según las cuales la única justicia de que la puede hablarse en el ámbito de la jurisdicción sería la justicia del proceso”. *Idem*. P. 23.

72 “Ninguna decisión puede decirse justa si se funda en una reconstrucción errada de los hechos”. *Idem*. P. 24.

Na visão de Ferrajoli, então, a ideia da justiça pelo consenso não tem como escopo a verdade dos fatos.⁷³ Não havendo uma preocupação com o conteúdo das decisões, ou com o conteúdo dos acordos, poderia considerar que a solução pelo consenso respeita o processo justo, ou melhor, integra a solução pelo consenso o conceito de jurisdição?

Michele Taruffo adota o mesmo posicionamento de Ferrajoli, alegando ser banal argumentar que a decisão é justa quando o processo for justo, e, se as partes não considerarem relevante a descoberta da verdade dos fatos, a decisão será entendida como justa. Para Ferrajoli somente será o processo justo quando a decisão tomada for justa, sendo esta a principal e a mais relevante característica da jurisdição. Qualquer sistema que não seja estruturado para a mais correta produção de prova não estará garantindo um processo justo às partes.⁷⁴

Diante do sistema jurisdicional discorrido acima, o qual prepondera no direito pátrio, baseado na aplicação da vontade da lei e na prolação de uma decisão justa, como institucionalizar a mediação judicial se o seu método de solução contraria o conceito de jurisdição. É possível a institucionalização da mediação?

2.2 A mediação nos tribunais brasileiros

Apesar de regulamentada recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário utiliza-se há tempos de métodos autocompositivos para a composição de litígios.

Em diversos Estados foram estabelecidos programas pelos tribunais, incentivando o uso dos meios alternativos de resolução de conflito como forma de pacificação da controvérsia⁷⁵. Como exemplo, num período de cinco anos, o Tribunal

⁷³ Idem. P. 23.

⁷⁴ No Brasil, assim como na Itália, prevalece o conceito de jurisdição como função de aplicar a vontade da lei para a “justa composição da lide”. GRECO. *Ob. cit.* P. 55.

⁷⁵ “Antevendo 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

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 referentes ao Sistema Financeiro da Habitação⁷⁶.

Em 2004, o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a execução do Projeto piloto de Gerenciamento de Casos, nas Varas de Serra Negra, onde foram aplicadas técnicas de mediação nos processos em curso, além da preocupação com a racionalização da atividade judicial.

Com a criação do CNJ, iniciou-se o Movimento Nacional pela Conciliação, além do Projeto Justiça Virtual, no período de 2006 a 2008. O Movimento visava “mobilizar os operadores da Justiça, seus usuários, os demais operadores de Direito e a sociedade, para promover a conscientização da cultura da conciliação”, e contava com o apoio de associações dos juízes, como a AMB, Ajufe, Fonaje e Fonajef, bem como de entidades públicas e privadas.⁷⁷

Cabe ressaltar que o CNJ foi criado no contexto da Reforma do Judiciário, concretizada pela EC nº 45/2004, cujo objetivo foi garantir maior eficiência à prestação da tutela jurisdicional. Para isso, compete ao CNJ implementar políticas públicas, informatizar o serviço público prestado pelo Judiciário, bem como “delinear diretrizes na esteira (...) da ampliação do acesso à Justiça, pacificação e responsabilidade social”⁷⁸.

De acordo com Germana de Oliveira Moraes e Eduardo Kurtz Lorenzoni, o CNJ busca acabar com o “gerenciamento de rotina, ao improvisado, ao insulamento administrativo e à crescente demanda que emperra o sistema e impede o acesso

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: Forense, 2011. P. 97.

76 CALMON, Eliana. *Conciliação Judicial na Justiça Federal*. In: GRINOVER & WATANABE. *Op. cit.*, p. 111.

77 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. 75-76.

78 RICH, Morgana de Almeida. *Evolução da Semana Nacional de Conciliação como Consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira*. In: GRINOVER & WATANABE. *Op. cit.* P. 61.

adequado do cidadão à Justiça”, e incentivar a cultura da pacificação social dos conflitos⁷⁹.

Nesse contexto, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, entendendo possuir competência para estabelecer “política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”⁸⁰.

A Política Judiciária Nacional estabelecida pelo CNJ tem como propósito disseminar a cultura da pacificação para reduzir a carga de processo nos tribunais, além de padronizar a atuação dos tribunais no processo de mediação.

Embora a mediação seja um mecanismo já praticado nos tribunais, ao estudarmos a função jurisdicional, verificamos pouquíssima referência a esse instrumento. Se pensarmos o conceito de jurisdição conforme definido por Chiovenda e Ferrajoli, não é possível introduzir a mediação como um instrumento do Judiciário para a solução de conflitos, tendo em vista que, segundo a teoria clássica, a jurisdição deve ser exercida exclusivamente por membros do Judiciário, cuja função é tutelar o direito objetivo mediante prolação de uma decisão.⁸¹

2.3 Política pública de tratamento de conflito: a institucionalização da mediação

Ao contrário do processo judicial, a mediação fundamenta-se numa técnica que valoriza o diálogo, a informalidade e a ausência de formalidade, a qual anseia solucionar os conflitos sem desfazer relações ou sem agravá-las, conferindo um desfecho amigável ao caso, sem a prolação de uma decisão de caráter geral, que pode não ser uma solução própria ao conflito.

79 MORAES; LORENZONI. *Op. cit.* P. 74.

80 MORAES; LORENZONI. *Op. cit.* P. 74.

81 Ressalta-se que o PLS nº 517/2011 prevê que a mediação judicial é aquela em que o mediador é designado pelo Poder Judiciário (art. 6º), ou seja, pode ocorrer fora da estrutura do Judiciário e mediante a atuação de um terceiro imparcial que não pertença aos quadros de servidores e, da mesma forma, o acordo será considerado título executivo judicial para fins de execução.

O CNJ, ao editar a Resolução nº 125/2010, institucionalizou um mecanismo privado de solução de conflito, visando a inclusão de um novo instrumento à disposição do Judiciário. A institucionalização da mediação está inserida num contexto de modernização do Judiciário, com a introdução de um mecanismo célere e adequado, sem comprometer com a função típica do magistrado, que é a de produzir decisões justas, uma vez que a mediação ocorrerá em ambiente próprio, denominando pelo CNJ como Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.⁸²

Vale salientar que o Estado foi a força propulsora no Brasil para a expansão da mediação, mediante a iniciativa da Administração Pública com a realização de movimentos organizados pelo CNJ, um deles denominado “semana da mediação”; do Judiciário, com tentativa de compor litígios através de concessões de interesses; e do Legislativo, ao elaborar projetos de lei que disciplinam esse meio de solução de conflito.

O resultado da cidadania tardia ocorrida no Brasil é essa constante dependência da sociedade civil à iniciativa do Estado para a afirmação de direitos e para o desenvolvimento de instrumentos que garantam o exercício desses direitos.⁸³

A iniciativa dos Tribunais e do CNJ é salutar, pois expande a função jurisdicional de maneira que o Estado-juiz adquira diversas ferramentas para a

82 A introdução da mediação no Judiciário não pode significar o abandono da concepção pública do processo, que, segundo Hermes Zaneti Júnior, é um “instrumento de justiça, liberdade e solidariedade”. O processo deve pautar-se na busca pela efetividade da tutela jurisdicional, preservando, sobretudo, a segurança jurídica e os valores constitucionais. Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. P. 205.

83 “Sobre essa presença estatal, ressalta Maria Tereza Sadek, que historiadores e cientistas sociais costumam chamar a atenção para a peculiaridade da incorporação dos direitos no Brasil. Inversamente do que ocorreu no mundo europeu ocidental e mesmo nos Estados Unidos da América, entre nós, a construção da cidadania não resultou, fundamentalmente, de lutas sociais para a inclusão de direitos e garantias. A liderança no processo esteve mais a cargo do Estado, ou, como sintetiza José Murilo de Carvalho, trata-se de uma cidadania constituída de ‘cima para baixo’”. Cf. GABBAY. *Op. cit.* P. 94-95. Cabe ressaltar que tal sociedade, ciente dos mecanismos de solução de litígio que permeiam o Direito, é integrada a uma cidadania avançada onde o indivíduo possui forte autonomia em suas relações jurídicas, o suficiente para visualizar a importância de instrumentos como a mediação.

No caso do Brasil, prevalece o baixo desenvolvimento da cidadania, sendo que em alguns países o problema restringe-se à cultura demandista, como na Itália e na Inglaterra, onde o Estado entendeu que é preciso estimular a sociedade a solucionar seus conflitos mediante o método autocompositivo ou pela arbitragem.

solução de conflitos. Esse novo modelo de jurisdição que o Estado vem implementando com a introdução de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento da mediação não deve significar que o cidadão está compelido a realizar acordos, uma vez que o modelo adjudicatório ainda integra a função jurisdicional, mas que o papel do Judiciário vem sofrendo mudanças na direção dos meios consensuais, consagrando mecanismos que antes ficavam à margem do sistema, como ficou evidente com a Resolução nº 125/2010.

O desafio do direito processual moderno é reafirmar o papel do Judiciário, de maneira que seja capaz de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, seja pela mediação judicial ou outro instrumento cabível. A oferta de um único mecanismo de solução de conflito não é condizente com um processo célere e adequado.

É por isso que a Teoria Geral do Processo vem sendo revisitada pela doutrina, principalmente, para a realização de uma nova leitura do poder jurisdicional, uma vez que a realidade nos tribunais vem demonstrando que existem diversos meios de obter a pacificação de uma lide e não somente aquele descrito pelos clássicos. A função típica da jurisdição não deve ser somente a composição da lide pela atuação da vontade da lei pelo juiz. A jurisdição precisa ser integrada por diversas funções para que o conflito seja tutelado adequadamente, variando a função conforme for a conveniência do caso concreto. De acordo com Nicola Picardi, o mundo contemporâneo é caracterizado pela diversidade jurisdicional.⁸⁴

Embora ainda prevaleça a cultura do litígio, a institucionalização da mediação⁸⁵ é uma proposta bem aceita pela sociedade, conforme recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, coordenada pela Luciana Gross Cunha, denominada Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), a qual concluiu que boa parte dos entrevistados aceitariam participar do processo de mediação se fosse oferecido no âmbito do Poder Judiciário.

Ao final do conjunto de questões sobre o Judiciário e a resolução de conflitos, perguntamos aos entrevistados se, na hipótese de enfrentarem

84 *"In definitiva, l'esperienza giuridica contemporanea è caratterizzata da una proliferazione di giurisdizioni: ai sistemi giurisdizionali statuali, oggi divenuti intercomunicante e tendenzialmente fungibili, si sono sovrapposti, a volte, corti e tribunali ultrastatali e, comunque, in ogni caso, giurisdizioni o paragiurisdizioni internazionali. Si è venuta così creando una stratificazione di forme di giustizia, collocate a diversi livelli"*. PICARDI, Nicola. Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione. In: MITIDIERO; AMARAL (Coord.). *Op. cit.* P. 363.

85 *"Por institucionalização da mediação entende-se (...) a sua implementação, regulação e suporte conferidos pelo Judiciário, quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual)"*. GABBAY. *Op. cit.* P. 65.

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.⁸⁶

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%.”⁸⁷ Nessa pesquisa, 66% aceitariam resolver seu conflito por outro profissional que não fosse o juiz.

A conclusão que se pode ter com a pesquisa realizada pela FGV é que a mediação judicial é um caminho a ser introduzido na sociedade brasileira, tendo em vista que o Judiciário é o vetor institucional “a permitir que os programas de mediação contem com a confiança das partes e com suporte – regulatório e inclusive orçamentário” – desse Poder.⁸⁸

Daniela Monteiro Gabbay apresenta sete motivos para instituir a mediação como função jurisdicional:

- a) porque o Judiciário é um repositório de conflitos, ou seja, um lugar onde se encontram e para onde confluem os conflitos, devendo-se abrir uma porta e válvula de escape aos meios autocompositivos dentro dele;
- b) para viabilizar uma nova forma de acesso à justiça, através dos meios autocompositivos, entendida não apenas como acesso formal ao Judiciário;
- c) para reduzir a morosidade do Judiciário, atuando os meios alternativos como um dos remédios para a crise do Judiciário;
- d) para processualizar novos conflitos (litigiosidade contida ou reprimida), uma vez que a mediação seria uma nova porta e daria visibilidade a parcelas dos conflitos antes ofuscadas pela demanda judicial;
- e) para incentivar a utilização da mediação, a fim de que ela conte com a confiança das partes em relação ao Judiciário, em sua legitimidade, além do estabelecimento de regras sobre seu funcionamento e

86 Relatório ICJBrasil 2º e 3º trimestres de 2012. Disponível no endereço eletrônico: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_icjbrasil_2o_e_3o_trimestre_-_2012.pdf. Acesso em 26/08/2013.

87 Relatório ICJBrasil 4º trimestre de 2012. Disponível no endereço eletrônico: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_icjbrasil_4tri_2012.pdf. Acesso em 26/08/2013.

88 GABBAY. *Op. cit.* P. 70-71.

- destinação de recursos orçamentários aos programas/setores de mediação e conciliação;
- f) para que um papel pedagógico possa ser exercido diante dos juízes, das partes e dos advogados quanto à escolha da técnica compositiva mais adequada a cada conflito, reconhecendo-se os limites do Judiciário para processar e resolver todos os litígios e a necessidade de mudança da mentalidade litigante;
 - g) para que um papel fiscalizatório possa ser exercido pelo Judiciário, quer quanto aos acordos obtidos e que possam ser objeto de homologação judicial.⁸⁹

Com a institucionalização da mediação teríamos no Poder Judiciário, de um lado, o processo judicial, marcado pela natureza pública do mecanismo, e, por outro a mediação, que valoriza a autonomia do indivíduo, pela oportunidade de debater as questões pelas próprias partes sem se preocupar com aspectos formais do processo. Se, para o processo judicial, o acerto do direito é pressuposto para a solução de um conflito, para a mediação nem o acordo é o escopo imediato, mas sim a preservação da relação. Isso não significa que necessariamente os acordos não serão realizados, mas que as partes poderão encontrar um ponto de consenso que não esteja necessariamente previsto em lei ou que o desfecho seja propriamente um acordo, podendo ser simplesmente o esclarecimento de uma questão.⁹⁰ Se no processo judicial busca-se a correta aplicação do direito objetivo, na mediação existe a preocupação com a continuidade da relação existente entre as partes.

Segundo Maria de Nazareth Serpa, mediação é “um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.⁹¹ Cabe ao mediador somente facilitar a comunicação entre as partes, conduzindo-as à solução do conflito sem interferir em seu conteúdo, ou seja, não é necessária a aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

Diante dessa nova modalidade de solução de conflito que está sendo introduzida como mecanismo judicial, a redefinição do que seja jurisdição é de todo

89 GABBAY. *Op. cit.* P. 63-64.

90 “Em todas as sociedades, há um amplo leque de alternativas para a resolução dos conflitos originados das disputas pessoais. O litígio judicial é somente uma opção entre várias dessas possibilidades, que vão da simples opção por ignorar o conflito até a violência. As diversas formas de resolução de disputas, bem como as sanções culturalmente aceitas por uma sociedade, expressam os ideais que as pessoas defendem, suas percepções sobre si mesmas e a qualidade de seus relacionamentos com as outras. Elas indicam se as pessoas estão predispostas a evitar ou a encorajar o conflito, reprimi-lo ou resolvê-lo amigavelmente”. Cf. AUERBACH. *Op. cit.* P. 44.

91 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. P. 90.

relevante, principalmente pelo fato de ser o século XXI marcado pelo exercício do poder através da jurisdição.⁹²

É oportuno ressaltar que a força da jurisdição teve início no século XX, quando ocorreu a decodificação, período em que leis especiais foram editadas, retirando do centro do ordenamento jurídico o Código Civil. Assim também ocorreu com os Códigos de Processo, tendo em vista o estabelecimento de ritos especiais, como o mandado de segurança e o foro privilegiado, procedimentos em que nem sempre são aplicadas as normas do rito ordinário previstas no Código. Segundo Nicola Picardi, o aumento de ritos procedimentais elevou a discricionariedade do magistrado, causando também a “possibilidade de soluções diversificadas”.⁹³

Com o fortalecimento do poder jurisdicional, caracterizado pela diversificação de procedimento e pela semelhança com outras funções institucionais, como legislar e administrar, o Judiciário brasileiro viu-se repleto e inundado de processos judiciais. Pode-se afirmar que a prestação de uma tutela jurisdicional eficaz é um objetivo dificilmente a ser alcançado nos tempos atuais, o que tem levado a sociedade, principalmente o empresariado, a procurar outros meios de solução de controvérsia, visando buscar mais celeridade e eficiência no resultado.⁹⁴

Portanto, num primeiro momento, a expansão da jurisdição implicou consequentemente a “ampliação do raio de ação do juiz”⁹⁵, tendo em vista a previsão de procedimentos especializados que elevaram a margem de discricionariedade da

92 Fredie Didier Jr. ressalta que os conceitos jurídicos processuais integram a Teoria Geral do Processo e sua definição influencia na conceituação dos demais conceitos jurídicos referentes ao processo. Somente conceituando processo, por exemplo, é possível definir “norma processual, direito processual, parte, admissibilidade, capacidade postulatória, capacidade processual, decisão etc.”. DIDIER JR. Fredie. Processo como conceito jurídico fundamental da teoria geral do processo. In: MITIDIERO; AMARAL (Coord.). *Op. cit.* P. 180.

93 PICARDI. *Op. cit.* P. 4.

94 O setor empresarial brasileiro adotou a arbitragem como meio de resolução de conflitos, visando a segurança das relações jurídicas. Fala-se hoje da mediação empresarial, sendo uma das vantagens o menor custo do serviço. “A defesa pela arbitragem se justifica pelas vantagens que possui em relação ao processo judicial, além da celeridade, tais como a ‘especialidade, forma de nomeação dos árbitros; confidencialidade do procedimento arbitral, flexibilidade na escolha da lei aplicável ao mérito do litígio e ao processo arbitral’. Ademais, a arbitragem é voltada para casos que envolvem valores exorbitantes e decerta forma complexos, isto é, trata-se de um instituto apropriado para certas transações internacionais de que o Estado participa, onde são gastos recursos de grande monta, e cujo objeto refere-se à matéria que exige conhecimento especialíssimo, como por exemplo, pesquisa e lavra de petróleo e gás”. Cf. SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Sobre a participação do estado na arbitragem comercial internacional: arbitralidade subjetiva e objetiva. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 5, v. VIII, junho a dezembro de 2011. P. 8.

95 PICARDI. *Op. cit.* P. 11.

decisão e o papel de legislador assumido pelo juiz, face à omissão do Poder Legislativo em regulamentar direitos constitucionalmente garantidos.

Além dos fatores citados acima, os quais contribuíram para a expansão da atividade do juiz, também podemos citar outro fenômeno, denominado judicialização⁹⁶, que seria o amplo alcance da tutela jurisdicional nas relações jurídicas, isto é, considerando que a Constituição Federal prevê uma quantidade significativa de direitos e interesses, tem o Judiciário o direito/dever de percorrer por toda essa gama normativa. Consequentemente, a atuação do Judiciário nas relações humanas agigantou-se.⁹⁷ É o Judiciário que decide se é cabível união estável homoafetiva, se a gestante grávida de anencéfalo pode abortar, enfim, a sociedade demanda cada vez mais do Poder Judiciário respostas para a solução de toda a sorte de conflito.⁹⁸

Jerold Auerbach afirma que quanto mais se protege juridicamente direitos individuais, mais o Estado interfere em situações que pertenciam à esfera privada, como por exemplo, a opção pela eutanásia.⁹⁹ A consequência disso pode ser a

96 “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. BARROSO, Luís. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [2008]. 29 p. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 09/08/2013. P. 6.

97 “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” *Idem*, p. 3.

Também conta como fator para o excesso de processo judicial o escasso acesso ao direito ao cidadão brasileiro, o qual não consegue exercer os direitos mediante o simples cumprimento da lei pelo Estado ou por algum ente privado fortalecido econômica ou politicamente.

98 STF, ADPF nº 132 e ADPF nº 54, respectivamente.

99 AUERBACH, Jerold. Justiça sem direito. In: AZEVEDO, Andre Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. V. 4. P. 51.

insatisfação, por parte do cidadão, quanto à escolha realizada pelo Estado-juiz, a qual difere do senso comum da sociedade.

Diante desse cenário de morosidade na prestação da tutela jurisdicional e de insegurança no desfecho adequado da lide, o qual não é recente na história do processo, uma parcela da sociedade opta por resolver seus conflitos fora do Judiciário, visando a celeridade da solução, bem como um tratamento mais adequado ou técnico para a controvérsia. Um exemplo disso encontra-se nas relações empresariais, em que se busca a solução pela negociação, interpretando por eles mesmos as normas jurídicas sem recorrer a algum órgão estatal. Outro exemplo de autonomia no gerenciamento das relações está na autorregulação nas corporações profissionais e nas câmaras de comércio, cuja função é representar e defender seus membros e, principalmente, regular e disciplinar a profissão ou a atividade econômica.¹⁰⁰

Logo, em sentido contrário à judicialização do direito, esse segmento da sociedade preferiu buscar na arbitragem o meio mais célere e seguro de compor a lide.

Antes do fenômeno da desjudicialização, o Brasil também experimentou a “desmonopolização” do interesse público¹⁰¹, período em que as normas jurídicas passaram a ser o resultado de uma convergência de polos de interesses do empresariado, do consumidor, da minoria; enfim, o Direito deixa de ter como fonte o interesse único do Estado.

Quanto ao deslocamento da capacidade de normatizar, observa-se a substituição do Direito estatal por instâncias hierarquicamente inferiores, servindo de exemplo o papel desempenhado pelas corporações, a produção normativa pelos poderes privados econômicos, os códigos de conduta e o desenvolvimento de um Direito cada vez mais negociado. Tais fatos apontam para o nascimento de um novo pluralismo jurídico no qual várias instâncias de poderes locais ou internacionais subsistem e suprimem o Direito emanado pelo Estado.¹⁰²

A partir desse movimento, não basta que a norma tenha origem estatal, é necessário que ela seja confeccionada de um modo tal que produza efeitos na vida social e permita sua aplicação com eficiência, atendendo as necessidades reais do

100 Dentre as funções regulatórias, Vital Moreira inclui a de conciliação. Cf. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e a administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. P. 266.

101 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 254.

102 SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. P. 61.

grupo ou interesse regulado. Assim sendo, “o Estado perde terreno e exclusividade em sua função”.¹⁰³

Outra mitigação da atuação centralizadora do Estado encontra exemplo no Direito Internacional, em que não existe mais a possibilidade de o Estado atuar na esfera interna, como na elaboração de normas jurídicas, sem sofrer a influência político-econômica da ordem internacional, ou mesmo jurídica mediante influência de acordos internacionais realizados. A globalização, fenômeno mundial o qual possibilita o ligeiro fluxo e intercâmbio de capital, pessoas, produtos, serviços, tecnologia, dentre outros elementos, não permite mais que o Estado exerça sua soberania plenamente; é preciso estar em compasso com os atuais postulados internacionais, sob pena de se isolar no cenário contemporâneo.

Desse modo, nem toda relação jurídica em situação conflituosa desemboca no Poder Judiciário, tendo em vista que seria o primeiro passo para o fim da convivência harmônica entre as partes. As concessionárias de exploração e produção de petróleo, por exemplo, procuram solucionar as lides mediante negociação na Agência Reguladora ou em outros canais de poder, e, quando esgotadas essas vias, utilizam-se da arbitragem como mecanismo principal de solução de conflito.

Ressalta-se, porém, que não se pode desconsiderar que o Judiciário é indispensável no Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma instituição que deve assegurar os direitos fundamentais, a aplicação da lei, a proteção do abuso do poder, sendo o poder coercitivo do Estado-juiz um elemento essencial para a garantia desses direitos.¹⁰⁴

Ser o Judiciário indispensável não significa, porém, que todo o conflito deva ser solucionado pelo juiz mediante a prolação de uma sentença.

103 *Idem*. P. 62. A audiência pública como condição prévia para a elaboração de ato normativo pelo Poder Público é um reflexo do reconhecimento da importância da participação dos setores privados interessados. O art. 19 da Lei nº 9.478/97 dispõe que, na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”.

104 “A tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparada ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a má-fé de uma parte sobre a outra”. SPENGLER. *Op. cit.* P. 331.

Apesar da menor interferência do Estado na solução de conflitos entre os agentes econômicos e no plano internacional, principalmente pela expansão da arbitragem, foi com a superação do pensamento jurídico clássico pelo próprio Estado, nas suas esferas de Poder, que ganhou força o uso de métodos autocompositivos como meio de pacificação social.

Influenciado por uma nova cultura jurídica pós-positivista, o Judiciário busca conferir um desfecho adequado aos litígios, utilizando-se de métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação, para alcançar a pacificação do conflito e não meramente a aplicação correta da lei. Logo, se, para o direito constitucional, essa mudança de paradigma significou o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, pode-se afirmar que, para o direito processual, representou a valorização dos métodos autocompositivos, tendo em vista seu propósito de pacificar a lide com o aproveitamento de questões interdisciplinares e não meramente jurídicos.

Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia.¹⁰⁵

De acordo com Cappelletti, o debate em torno de novos instrumentos nos tempos atuais está relacionado com a descoberta de novos motivos para adotar um meio alternativo que não seja o processo judicial: a efetividade do acesso à justiça.¹⁰⁶ Trata-se da “justiça coexistencial”, que é o meio mais adequado de acesso à justiça. Nessa via, o procedimento é informal e mais célere, além de procurar assegurar a relação entre as partes, vez que é dada oportunidade de amplo debate acerca do conflito, com a devida atenção aos relatos para que sejam alcançados

105 BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Belo Horizonte, [2014]. Disponível no endereço eletrônico: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>. Acesso em 30/06/2014. P. 3.

106 CAPPELLETTI. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994. P. 88.

todos os aspectos do problema. Desse modo, a justiça coexistencial é capaz de oferecer um resultado qualitativamente melhor. Cappelletti entende que essa é a explicação para o sucesso da arbitragem em matéria comercial.

Desse modo, se a jurisdição não integrar instrumentos que garantam benefícios ao jurisdicionado – como a possibilidade de processualização de novos conflitos¹⁰⁷ – não estará cumprindo sua função de prestar uma tutela efetiva dos direitos. A efetividade da tutela com a institucionalização da mediação é assegurada com o procedimento que tem como meta a solução da lide pela equidade e não somente com a correta aplicação da legislação.

É importante ressaltar que, passando a mediação a ser abrangida pela tutela jurisdicional, não cabe ao Judiciário tão somente permitir o exercício desse meio de solução de conflito; é necessário um empenho para que tal instrumento seja implementado da maneira mais eficiente possível.

Deve-se desenvolver a mediação judicial de modo que não seja instalada como uma justiça de segunda classe, “sendo vista como uma forma de contenção dos casos que chegam ao Judiciário, que se dedicaria dessa forma apenas aos casos ‘mais importantes’”.¹⁰⁸ A mediação deve ser implementada no Judiciário visando-se um meio adequado para tratar o conflito, sendo considerado apenas como um filtro de redirecionamento, não de contenção. Seu ideal não é combater a morosidade da justiça, mas sim aprimorar a tutela jurisdicional para que as próprias partes solucionem a lide adequadamente.

Portanto, em virtude da lastra expansão da arbitragem pelo setor empresarial, sem o mesmo acompanhamento dos demais meios alternativos de conflito, e, principalmente, pelo advento de uma nova cultura jurídica pós-positivista, os tribunais pátrios estimularam a solução da lide pelo consenso mediante campanhas de conciliação ou até mesmo nos processos judiciais pela oferta de mediação como mecanismo para o desfecho do litígio. A política pública supramencionada, então, através da elaboração da Resolução nº 125/2010 pelo CNJ, visando disseminar a

107 “As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seria adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo”. GABBAY. *Op. cit.* P. 20 e 64.

108 *Idem.* P. 82.

cultura da pacificação para conferir um desfecho adequado à lide, padronizando a atuação dos tribunais, estabeleceu que “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim como prestar atendimento e orientação ao cidadão”.¹⁰⁹

2.4 A tutela jurisdicional contemporânea

O Poder Judiciário no Brasil, por muito tempo, exerceu sua função baseado em paradigmas que remontam ao período da Antiguidade no direito romano, entendendo que o Estado-juiz exerce o monopólio da justiça para a atuação da vontade da lei, buscando a composição da lide conforme preconiza o Direito.¹¹⁰ Outra característica da jurisdição sempre citada pela doutrina é o poder de coerção exercido pelo juiz para garantir o cumprimento das decisões judiciais.

De modo geral, também se define tutela jurisdicional como a função de certificação do direito e de sua satisfação. A certificação abrange a declaração sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, a constituição de uma nova relação jurídica ou no comando de uma obrigação.¹¹¹

Ademais, jurisdição e adjudicação¹¹² sempre foram consideradas conceitos interdependentes, entendendo-se que esta é a forma de exercício daquela. É nesse

109 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível no endereço eletrônico www.cnj.jus.br. Acesso em 22/02/2014.

110 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 1. P. 55. Ressalta-se que o Poder Judiciário vem modificando esse entendimento, no sentido de ampliar a função jurisdicional alcançando outros métodos de composição de litígio, conforme relatado no trabalho.

111 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 33.

112 “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 consequência 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. (...)” WATANABE, Kazuo. Política pública do

sentido que Owen Fiss define adjudicação como o “processo pelo qual são dados significado e expressão concretos aos valores incorporados em um texto jurídico dotado de grande autoridade, tal como a Constituição”.¹¹³

A partir do conceito clássico de tutela jurisdicional, é possível observar que a mediação, conforme implementada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, não integra a definição conferida à função do Estado-juiz, uma vez que não tem como principal propósito a tutela do direito material.

Conforme o exposto, o CNJ iniciou um movimento nos tribunais para prática da conciliação, o qual obteve aceitação favorável por parte dos magistrados, dos advogados e da sociedade, tendo sido obtidos resultados como: “mudança de postura das advocacias públicas em favor da solução consensual dos conflitos de que faz parte; a inserção do tema da mediação e conciliação, como disciplina obrigatória da formação de magistrados, nas Escolas de Magistratura e nos currículos das instituições universitárias brasileiras, e, finalmente, o resultado atestado por pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2008, segundo o qual os Juizados Especiais foram apontados como o segmento judicial que desfruta de maior reconhecimento pela sociedade”¹¹⁴.

Determinado a conferir uma nova roupagem ao Poder Judiciário, o CNJ elaborou a Resolução CNJ nº 70/2009 estabelecendo novos objetivos ao Estado-juiz, não restringindo a função desse Poder à tutela da vontade da lei, prevendo-se “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social” como objetivos estratégicos do Poder Judiciário¹¹⁵.

Diante da crise que enfrenta o Poder Judiciário, no que se refere à morosidade da prestação da tutela jurisdicional, o CNJ publicou a Resolução nº 125/2010, visando conferir um padrão nacional para os métodos alternativos de conflito, bem como estimular a cultura do consenso. Nota-se o incentivo à autocomposição quando a Resolução prevê que cada Centro Judiciário conterà um setor de conflitos

poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 381-389, maio 2011. P. 381.

113 FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 105.

114 *Idem*. P. 83.

115 Resolução nº 125/2010.

pré-processual - ou seja, possibilitará a realização de mediação ou conciliação mesmo sem a existência de processo judicial - um setor de cidadania responsável pelo serviço de orientação, além do setor de solução de conflitos processual.

Essa nova concepção do Poder Judiciário é defendida por Chiovenda¹¹⁶, cujo entendimento é de que o processo não deve ser resumido a um meio, mas sim um “processo civil de resultados”, em que o magistrado deve buscar ativamente solucionar da maneira mais adequada os conflitos.

Em outros termos, a partir da Resolução nº 125/2010, a mediação passa a fazer parte da função jurisdicional, sendo uma das atribuições do Estado-juiz gerenciar os conflitos.¹¹⁷

De acordo com Kazuo Watanabe, a Resolução nº 125/2010 está criando um filtro da litigiosidade, não para restringir o acesso à justiça, e sim para assegurar “aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa”.¹¹⁸

Destaca-se, porém, o entendimento segundo o qual a mediação somente será incorporada à função jurisdicional se forem utilizados os critérios para a filtragem dos conflitos, sendo, nesse caso, atribuído um filtro de redirecionamento, realocando o caso ao instrumento adequado. Na hipótese de a mediação ser regulamentada de maneira que seja aplicada como um filtro de contenção, estar-se-á desenvolvendo uma justiça de 2ª classe, podendo tornar-se somente uma fase preliminar ao

116 “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve dar, a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell’azione nascente dal contratto preliminare. Saggi de Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930, t. I, n. 3, p. 110. APUD: MACUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 114.

117 Para Humberto Dalla o magistrado não deve exercer a mediação, mas somente gerenciar o conflito, o que significa que “deve, pessoalmente, ler, examinar e despachar as iniciais, a fim de escolher o melhor caminho para aquele processo (audiência de conciliação, sessão de mediação, audiência especial com o magistrado ou ausência de audiência prévia, nas hipóteses autorizadas pelo art. 335 do Projeto)”. “A gestão de processos tem três funções principais: encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível (em termos gerais, vide capítulo 11); evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente, conforme exigido pelo objetivo preponderante, CPR, Seção I”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 73. Apud: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O instituto da mediação e a versão da câmara dos deputados para o projeto do novo código de processo civil brasileiro*. [20-]. Disponível no endereço eletrônico http://www.academia.edu/5265460/O_INSTITUTO_DA_MEDIA%C3%87%C3%83O_E_A_VERS%C3%83O_DA_C%C3%82MARA_DOS_DEPUTADOS_PARA_O_PROJETO_DO_NOV_O_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 22/02/2014.

118 WATANABE. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Op. cit. P. 381.

processo judicial.¹¹⁹ Neste caso, a mediação judicial estará violando frontalmente o acesso à justiça, posto estar sendo somente um instrumento para inviabilizar o acesso aos tribunais.¹²⁰

Assim sendo, diante dessa mudança da realidade implementada nos tribunais brasileiros, não há como a ciência processual ainda colocar a ação como principal pilar do processo.¹²¹ Com a modernização da sociedade, os institutos do direito processual devem acompanhar as características do novo tempo, sob pena de restarem obsoletos e inadequados para os fins que são destinados.

Carlos Alberto Salles possui o mesmo entendimento, no sentido de se ter uma releitura do conceito de jurisdição a partir da institucionalização da mediação pela Resolução nº 125/10.¹²² A tutela jurisdicional moderna não abrange, necessariamente, a ação judicial, podendo o conflito ser solucionado mediante outro instrumento, como a conciliação, mediação ou arbitragem, conforme ocorrer o processo de pacificação do litígio.

Por outro lado, a expansão da jurisdição permite uma procura maior pelo Judiciário por uma parcela da sociedade, seja pelo receio de quebra da relação, seja pela complexidade do conflito.¹²³ Isso porque não são muitos os que discutem seus

119 GABBAY. *Op. cit.* P. 82-83.

120 Cabe considerar a experiência e o entendimento de Wayne D. Brazil, magistrado da Primeira Corte Anexa de ADR da Califórnia, segundo o qual a mediação somente será respeitada pelo cidadão caso fique evidente que não estará sendo forçado a deixar a via adjudicatória somente com o propósito de acelerar o fim do processo. Cf. BRAZIL, Wayne D. Hosting mediations as a representative of the system of civil justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 22, n. 2, p. 227-275, 2007. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1498&context=facpubs>>. Acesso em: 12 jan. 2014. P. 234.

121 “(...) tem-se em certa medida, a ampliação do objeto de estudo do processo civil. Tendo em vista a instrumentalidade substancial e a necessidade de se agregar novos institutos à consecução dos escopos do processo, analisa-se a viabilidade de os meios alternativos serem tratados não mais como meros equivalentes jurisdicionais, mas como ferramentas do próprio sistema processual para a consecução de seus escopos”. DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2007. P. 10. Disponível no endereço eletrônico: www.teses.usp.br. Acesso em 26/06/2014.

122 SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Org.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. P. 784.

123 Alguns conflitos são reprimidos pelo receio de se prejudicar uma relação de longa duração, como pode ocorrer entre servidores públicos e o Poder Público. Uma demanda judicial duradoura, visando estabelecer um vencedor que ao final do processo terá o direito declarado conforme o pedido, pode ser um mecanismo de composição de litígio desproporcional ao interesse do demandante.

conflitos no Judiciário, mas poucos que litigam muito, vez que vislumbram algum benefício com a morosidade da prestação jurisdicional¹²⁴.

Além disso, a expansão da função jurisdicional atende os anseios da sociedade moderna, que é complexa e globalizada. François Ost afirma que o Judiciário atual não decide sempre numa escala regional ou familiar, podendo o juiz deparar-se num julgamento com uma lide que possui proporção mundial, como o caso de Chernobyl ou até mesmo de vírus mortíferos. O Direito pós-moderno não encontra barreiras territoriais, por isso está o Judiciário “ameaçado” a julgar casos de elevada escala e reação social.¹²⁵

Além da globalização, o Estado-juiz hoje é pressionado a decidir conforme o avançado desenvolvimento científico, devendo responder questões que envolvam a ética da manipulação genética, a reprodução de clones, a determinação do sexo dos filhos.

Outro aspecto já mencionado é que a jurisdição tradicional não é capaz de solucionar as questões interdisciplinares intrínsecas a uma relação, arriscando-se a frustrar a solução do caso. É comum encontrarmos na mediação familiar esse tipo de conflito, pois em muitos casos a família necessita de uma reorganização da relação, e não propriamente da aplicação de uma norma jurídica.¹²⁶

Outrossim, o processo judicial não está preparado para resolver questões de justiça distributiva, como políticas públicas, regulação econômica ou direitos sociais, tendo em vista que o juiz possui uma visão limitada no processo, sobretudo restrita às alegações das partes. Com isso, ao se buscar solucionar uma questão, prejudicam-se outras também relevantes para a sociedade.¹²⁷

Também não se pode olvidar que existem conflitos que simplesmente não se resolvem, problemas de ordem afetiva ou política por vezes permanecem, havendo

124 MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, v. 888, out. 2009. P. 4.

125 OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível no endereço eletrônico <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 12/08/2013, P. 193.

126 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 121-122.

127 SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 393.

necessidade tão-somente de encontrar uma forma de conviver com esse conflito para que não culmine num dano mais gravoso às partes.¹²⁸

A tutela jurisdicional prestada no período anterior à ascensão do pós-positivismo não era capaz de proporcionar uma solução específica e diferenciada para esse tipo de lide, uma vez que a decisão judicial baseava-se apenas no ordenamento jurídico vigente.¹²⁹

Nesse aspecto, a mediação pode oferecer um tratamento interdisciplinar ao conflito, uma vez que permite a participação de profissionais de outras ciências, como o psicólogo, o médico ou o assistente social, sem maiores formalidades. Já o processo judicial é limitado a uma solução dogmática, prevista numa norma jurídica preestabelecida e mediante um procedimento pouco flexível.¹³⁰

Poder-se-ia criticar a ausência de previsibilidade do procedimento da mediação, porém, aqueles que defendem a liberdade da forma justificam-na pela proposta diferenciada do instrumento, que não se baseia na entrega de uma solução para as partes, mas no tratamento adequado para o conflito com o auxílio do mediador. Sendo assim, a imprevisibilidade possibilita uma pluralidade de caminhos para se chegar ao consenso, sem o engessamento da norma.¹³¹

Já a desvantagem da imprevisibilidade e da ausência de um processo de mediação diz respeito à dificuldade na atuação das partes, que para Fabiana Spengler é suprida com a presença do mediador, quem conduz as partes a estabelecerem um objetivo comum de solução da lide¹³².

128 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, Bogotá, ano 2, n. 2, 2014. Disponível no endereço eletrônico http://www.academia.edu/9924692/REFLEXIONES_SOBRE_LA_MEDIACION_JUDICIAL_Y_LAS_GARANTIAS_CONSTITUCIONALES_DEL_PROCESO. Acesso em 15/08/2013. P. 8.

129 “A proteção desses novos direitos requer a ação estatal no sentido de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, promovendo, ao final, programas sociais que têm por fundamento esses direitos e as expectativas por eles legitimadas. As dificuldades se apresentam diante de um Poder Judiciário de estrutura fortemente hierarquizada, orientada por uma lógica legal-racional e caracterizada por uma rígida e linear submissão à lei. Instala-se o desafio no sentido de alargar os horizontes da jurisdição para, modernizando suas estruturas e seus procedimentos (administrativos e funcionais), lidar com os novos direitos, promovendo-os, objetivando sobreviver como um poder autônomo e independente”. Cf. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. P. 133.

130 *Idem*. P. 11.

131 *Idem*. P. 333.

¹³² *Idem*.

Embora a conciliação esteja presente no sistema processual já há algum tempo¹³³, a sua técnica não é voltada para o tratamento de relações duradouras, mas sim para a realização de acordos mediante a interferência de um terceiro, não adentrando em questões e interesses periféricos à lide apresentada em juízo.¹³⁴ Por conseguinte, a sua técnica é mais simples.¹³⁵

Petronio Calmon identifica também na mediação o melhor instrumento para a solução de conflitos para aqueles interesses que não se resolvem somente com aplicação da norma jurídica.

Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito, mas também a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica. A mediação é mais apropriada quando: 1) se trata conflito em relação continuada; e 2) o momento psicológico do conflito ainda o caracteriza como latente ou emergente (sem posições firmadas). A mediação se caracteriza: 1) por um método próprio de pacificação dos envolvidos nos conflitos; 2) o momento psicológico do conflito ainda o caracteriza como latente ou emergente (sem posições firmadas). A mediação se caracteriza: 1) por um método próprio de pacificação dos envolvidos nos conflitos; 2) por ser confidencial (não se divulga sequer que há uma mediação em curso); 3) por ser realizada em ambiente neutro e amistoso para os envolvidos (jamais no ambiente judicial).¹³⁶

O Direito pós-moderno vem nos mostrando que a lide pode conter vários “pontos conflitivos periféricos”, isto é, diversas questões secundárias que integram a disputa e não somente questões de ordem legal. Ocorre que a tutela jurisdicional como uma função meramente de aplicação da vontade da lei não é capaz de enxergar tais questões secundárias, que são de extrema relevância, e por isso não é hábil para solucionar da maneira mais eficaz o conflito.

133 “A conciliação sempre esteve presente no ordenamento brasileiro, muito embora tenha experimentado desenvolvimento mais acentuado nas últimas décadas. Desde o período imperial, com a emancipação política brasileira consumada em 1822, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, incentivava expressamente a solução de litígios por outros meios que não a decisão judicial, dispondo sobre o Poder Judicial em capítulo único, conforme arts. 151 e 164. A tentativa de conciliação, à época, era considerada condição prévia indispensável ao processamento de qualquer causa e, para a sua realização, deveriam ser eleitos juízes de paz, cujos distritos e atribuições seriam regulados por leis”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. P. 154.

134 “A mediação se destina a resolver conflitos em relação continuada e a conflitos que ainda não tenha se tornado manifesto com a apresentação de posições firmadas. Por seu turno, a conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos.” CALMON. *Op. cit.* P. 105.

135 GABBAY. *Op. cit.* P. 48.

136 CALMON. *Op. cit.* P. 103.

A mediação, conforme já apresentado, possui as características de um processo construtivo, segundo classificação apresentada por Deutsch, quais sejam:

(...) 1) capacidade de estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; 2) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g., magistrado ou mediador) de motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; 3) desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; e 4) disposição das partes ou do condutor do processo de abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.¹³⁷

De acordo com Humberto Dalla e Karol Durço, a mediação surge na contextualização do Direito Processual na perspectiva pós-positivista e numa “moldura constitucional-democrático-deliberativa de direito e de processo”.¹³⁸

Desse modo, a institucionalização da mediação é o primeiro passo para a mudança de um modelo jurisdicional, antes restrito na aplicação da lei e modernamente caminhando para um contexto mais condizente com os ideais democráticos, o qual visa o tratamento adequado para o conflito, com a participação das partes na solução da lide.

No texto dos autores supramencionados, pretende-se defender um modelo de juiz do Estado Democrático de Direito, deixando para trás aquele juiz paternalista do Estado Social, que pensa e resolve os conflitos sem a cooperação das partes, sem deixar de mencionar o juiz do Estado Liberal, que era demasiadamente inerte em razão da preocupação com a imparcialidade/neutralidade e com o princípio da separação dos poderes.¹³⁹

137 DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: Constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973. *Apud*: AZEVEDO, Andre Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (orgs.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. P. 21.

138 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DURÇO, Karol Araújo. 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, p. 20-54, jan./dez. 2008. Disponível no endereço eletrônico: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf#page=20. Acesso em 22/02/2014.

139 “Outra nota caracterizadora do Estado Liberal é que o mesmo representa a passagem de um modelo transcendental de direito de bases metafísicas para um direito racional de base lógico-dedutiva. Sendo, pois, um sistema legislado fechado e autônomo distinguindo-se pelo monismo jurídico (possui uma base soberana: a lei); monismo político (o poder é centralizado nas mãos de um soberano); racionalidade dedutiva (já que de formato piramidal a partir da norma fundamental; e futuro controlado (crença legislativa de uma evolução histórica). Nesse modelo o direito se resumiria a ‘lei’ vista em um sistema piramidal. Desta pirâmide irradiaria toda a justiça.” Cf. *Idem*

No Estado Liberal, a igualdade era apenas formal, o juiz não possuía uma postura de solucionar a lide em todos os seus aspectos, mas somente de fiscalizar a relação processual. Também no Estado Social, não era possível aplicar o método do diálogo e da cooperação na solução do conflito, vez que não preponderava a participação ativa das partes, sendo o contraditório e a ampla defesa princípios considerados meramente como uma garantia formal, não importando a influência dos argumentos nas decisões judiciais.¹⁴⁰

De acordo com Vitor Rhein Schirato, “o cidadão agiganta-se em face do Estado, passando a ser detentor de direitos e credor de resultados específicos. Não há mais a possibilidade de imposição unilateral de decisões em todos os casos, sem processo prévio de diálogo. Passa a haver garantias aos administrados de participação e interação das decisões públicas”.¹⁴¹

O autor afirma que a democracia não exige apenas que o resultado da atuação do Estado seja de acordo com a lei, mas que “siga o caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta e indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado”¹⁴².

140 “Hoje o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões”. GRECO. *Op. cit.* P. 450.

141 SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. P. 10.

142 *Idem*. Rodolfo de Camargo Mancuso entende, porém, que a eficiência da prestação jurisdicional não se aprimora com a elevação da estrutura do Judiciário. O autor alerta para a importância do conhecimento dos motivos reais da crise da prestação jurisdicional, que em sua opinião decorre de três fatores: “1) política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; 2) avaliação de desempenho por critério quantitativo (*in put* e *out put* de processos); 3) tendência à judicialização dos conflitos, e o seu corolário: resistência aos (ou desconhecimento de) outros modos de resolvê-los”. Desse modo, aumentar a estrutura do Judiciário para solucionar os conflitos de maneira consensual, ou mesmo sem muito investimento financeiro nessa função pacificadora, mas somente na criação de mais um encargo para o Judiciário, pode gerar somente um congestionamento caso seja implementada somente como um procedimento pré-processual de contenção de litígio, tendo em vista que “essa exacerbação da oferta acaba por... retroalimentar a demanda, e por outro lado, que o incessante incremento de recursos humanos e materiais não consegue atacar a causa, consistente na cultura demandista que grassa entre nós”. Cf. MANCUSO. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revistas Tribunais*, v 888, out. 2009. P. 2. Argumentando a favor da mediação judicial, Humberto Dalla entende que a sociedade ainda vê o juiz como a figura do pacificador de conflitos, sendo fundamental que num primeiro momento, a mediação seja exercida no âmbito do Judiciário. Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Mediação: a redescoberta de um*

Sendo assim, a função jurisdicional expande-se para que sejam atendidas garantias advindas do Estado Democrático de Direito, mas de uma maneira complementar e racional, sem que a mediação pré-processual seja utilizada para toda a sorte de conflito, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário, em sua carga de trabalho e com relação à falta de expectativa do jurisdicionado.

A mediação judicial deve significar um marco da nova jurisdição, a qual busca proporcionar um ambiente mais democrático para o cidadão e também um incentivo para a cultura do consenso, mediante a promoção da mediação privada.

É importante salientar que, mesmo inserido na estrutura do Judiciário, a mediação não deve ser publicizada por completo, já que esse instrumento tem como pressuposto a autonomia privada.

A inserção no processo de mediação de institutos do direito processual deve ser analisada com cautela, devendo-se atentar para que não seja um procedimento burocrático e formal, tal qual o processo judicial, acarretando na criação de mais uma forma de controle estatal.¹⁴³

Para isso, algumas questões devem ser debatidas com a sociedade, como a escolha do mediador, a formação do mediador, o ambiente em que será realizada a mediação, enfim, várias medidas que sutilmente irão definir se a mediação judicial será um instrumento de consagração do cidadão e do princípio colaborativo ou mais um meio de o Estado-juiz interferir na relação privada.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, o Estado não deve amenizar os efeitos da crise do Judiciário, mas procurar remediar a causa, como se o médico estivesse sempre baixando a febre do paciente doente sem diagnosticar a enfermidade que causa o sintoma aparente.¹⁴⁴

velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (Coord.). *Acesso à Justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. P. 113.

143 Crítico à mediação judicial, Jerold Auerbach entende que o movimento da justiça substantiva não pode ser encarado como uma reforma processual, sob pena de acarretar tão-somente numa medida de dominação pelo Estado. AUERBACH. *Op. cit.* P. 53.

144 “A partir de um tal contexto, compreende-se o agravamento do quadro judiciário nacional, ainda insuflado por fatores diversos, tal a crescente contenciosidade social (a ‘explosão da litigiosidade’, prognosticada por Mauro Cappelletti no último quartel do século passado), a massificação dos conflitos (os *mass tort cases* da experiência norte-americana), a parca e insatisfatória divulgação quanto às outras formas de resolução de conflitos, e seu corolário: a judicialização do cotidiano”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 53.

Mauro Cappelletti também já afirmava que a conciliação não deve servir apenas de remédio para a crise do Judiciário, tendo em vista que existem outras soluções para isso¹⁴⁵.

Por isso, o sistema de solução consensual de controvérsia estabelecido pela Resolução nº 125/2010 não pode ensejar numa mediação obrigatória, atuando como se fosse uma barreira anterior ao processo judicial. Além de não bastar para resolver a morosidade da justiça, desrespeita a essência da mediação, que é voluntária e baseada na autonomia da vontade das partes¹⁴⁶.

Portanto, essa iniciativa do CNJ deve ser considerada principalmente como um incentivo para os cidadãos solucionarem seus conflitos entre si ou por meio da mediação privada, sem depender tanto do aparato estatal. Caso contrário, o Judiciário estará assoberbado de mediações para serem realizadas, dificultando, com isso, o fortalecimento da cidadania.

Conforme entendimento de Guy Cannivet, membro da Corte Constitucional da França, a ideia não é sobrepor um modelo ao outro, mas oferecer aos juízes e às partes meios apropriados de solução de conflito.¹⁴⁷ A mediação não é uma ameaça à solução litigiosa, mas um instrumento à disposição do Judiciário para a solução de determinados casos.

No que diz respeito à indagação acerca da introdução da mediação na função jurisdicional, Cândido Rangel Dinamarco leciona que a ciência processual moderna ampliou o objeto de seu estudo, primeiro estudando tema abrangido pela organização judiciária “(recrutamento dos juízes e sua responsabilidade, juízes honorários, órgãos alternativos etc.), depois, passando à observação dos meios

145 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. P. 87.

146 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação obrigatória: um oximoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. [20--]. Disponível no endereço eletrônico <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 10/10/2012.

147 “There is no principle model based on litigation and accessories model turned toward amicable resolution, but a set of techniques with gives to the judge and to the parties a choice of ways to follow for solving their disputes in a most appropriated manner”. CANNIVET, Guy. *Art et technique de la mediation*. Paris: Litec, 2004. P. 202. *Apud*: MIRIMANOFF, Jean A. *Amicable dispute resolution or litigation: new priority or new approach? What future for mediation in Switzerland?*. Disponível no endereço eletrônico: http://www.mediationworld.net/download.php?path=2007927112516.pdf&name=Judge%20Jean%20Mirimanoff%20ADR%20Practices%20in%20Switzerland%20_GEMME.pdf&mime=application/pdf. Acesso em 20/09/2013. P. 16.

extraprocessuais de solução de conflitos (conciliação etc.) e aos métodos de interpretação da lei substancial (o juiz a justiça, o uso do direito alternativo) (...).¹⁴⁸

Com isso, o direito processual não se restringe à função exercida pelo Poder Judiciário e esta não mais é encarada como uma atividade restrita à prolação de sentenças. Assim, os institutos do processo também evoluíram e não se resumem aos conceitos prontos e herméticos de outrora.

Cândido Rangel Dinamarco propõe um enfoque metodológico diferente para o conceito de jurisdição, cabendo ao processualista estudar esse instituto numa perspectiva funcional, sem distorcê-lo. Para o autor, é necessário apenas organizar o propósito da jurisdição, sempre mantendo “coerência de uma ordem de ideias e conceitos assentados nas premissas aceitas”.¹⁴⁹

Essa visão funcional da jurisdição, partindo da unidade do poder e diversidade das formas de seu exercício segundo os objetivos propostos, elimina certas preocupações minudentes exageradas, como a da natureza jurisdicional ou não das atividades do juiz *na execução civil ou no processo criminal*. Muito mais relevante do que afirmá-la ou negá-la, nesses casos, é saber que se trata invariavelmente do exercício do poder e que, por isso, são atividades pautadas por desenganada marca de publicismo, sobrelevando aos interesses dos demais sujeitos os do Estado.¹⁵⁰

Afirma o jurista que o processo moderno, voltado para a concretização de resultados, não deve tutelar direitos, mas pessoas. O sistema processual, na verdade, não gravita “em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais”.¹⁵¹

O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade.¹⁵²

Logo, a jurisdição não possui um escopo de ordem dogmática somente, visto que a tendência é atribuir também um sentido sociológico e político ao instituto, indicando uma dupla função ao poder, que é a manutenção da paz social e da segurança jurídica.

148 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 135.

149 *Idem*. P. 135.

150 *Idem*. P. 141.

151 *Idem*. P. 180.

152 *Idem*. P.182.

É nesse sentido que se pode afirmar que o tribunal do júri exerce a jurisdição, apesar de a decisão não decorrer propriamente da vontade abstrata da lei.

De acordo com Daniela Monteiro Gabbay, a mediação e o processo judicial estão no mesmo plano para a teoria do processo, sendo apenas instrumentos distintos de solução de conflito.¹⁵³

Enfim, os conflitos que não possuem propriamente uma solução ou um procedimento previsto em lei estão, agora, jurisdicionalizados, isto é, podem ser tratados no âmbito do Judiciário, pela mediação judicial, instrumento previsto na Resolução nº 125/2010. Isso não significa que o processo transformar-se-á numa terapia, mas sim que terá as seguintes características: “voluntariedade, eleição do mediador, (...), cooperação entre as partes, conhecimentos específicos (habilidade) do mediador, reuniões programadas pelas partes, informalidade, acordo mútuo, ausência de sentimento de vitória ou derrota”.¹⁵⁴

2.5 Características da tutela jurisdicional contemporânea

A ampliação da função jurisdicional reflete-se nos institutos do direito processual referente ao método de resolução de conflito. As espécies de jurisdição, os princípios estruturais do processo¹⁵⁵ e o papel do juiz nesse contexto democrático do processo ganham elementos novos, diante da institucionalização da justiça consensual.

Primeiramente, cabe ressaltar que a espécie de “jurisdição de direito” deixa de ser a única adotada. Com a inserção da mediação no Poder Judiciário, verifica-se a existência de uma nova espécie de jurisdição, baseada no consenso, a qual não se preocupa em conferir prontamente um resultado, posto que a mediação não visa o acordo, mas sim a transferência da responsabilidade do enfrentamento do conflito

153 GABBAY. Op. cit. P. 14.

154 MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. APUD: PINHO. Op. cit. P. 13. Ressalta-se que o acordo, propriamente dito, não é o objetivo da mediação e sim o restabelecimento da relação/comunicação entre as partes.

155 Leonardo Greco apresenta a classificação de Luigi Paolo Comoglio referente às garantias fundamentais do processo, em individuais e estruturais, sendo esta destinada a “definir o método de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito”. Cf. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. P. 228.

para as próprias partes, de modo a incitar uma mudança no comportamento, como o “reconhecimento mútuo de diversidades”¹⁵⁶.

Já entendia Lon Fuller que a mediação tem como objetivo restabelecer a relação entre as partes.¹⁵⁷ Isso não significa, porém, que o acordo ou o gerenciamento do conflito irá ofender o ordenamento público.¹⁵⁸ É a saída da forma normatizada para a forma consensual de solução de conflitos.¹⁵⁹

Segundo Auerbach, o comportamento agressivo e egoísta pode ser também encorajado. Se o processo for conduzido de uma forma que não privilegia a cooperação e a colaboração, as partes também não se irão comportar de maneira a colaborar para a solução da lide. Ao invés disso, a conduta no processo será somente visando ganhar, não sem razão, pois, se perder, o sistema jurídico será custoso e poderá impor um dever que talvez não tenha condições de cumprir em sua totalidade, mesmo sem ter tido ampla oportunidade de colaborar para a formação da decisão.¹⁶⁰

A interpretação da norma pelo juiz pode ser suficiente para conferir uma solução jurídica ao caso, mas não necessariamente adaptada às circunstâncias da realidade.¹⁶¹ Ademais, a lei, considerada abstrata e geral, pode ser, na verdade,

156 DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 181.

157 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *O instituto da mediação e a versão da Câmara dos Deputados para o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. [20--]. Disponível no endereço eletrônico: http://www.academia.edu/5265460/O_INSTITUTO_DA_MEDIA%C3%87%C3%83O_E_A_VERS%C3%83O_DA_C%C3%82MARA_DOS_DEPUTADOS_PARA_O_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 25/06/2014. P. 3.

158 *Idem*. P. 157.

159 “(...) mediation is not supposed to solve a legal dispute as such, but to help the parties to find between them a creative solution based on their common interest (win-win)”. Cf. MIRIMANOFF. *Op. cit.* P. 14.

160 “Silenciados pela linguagem da lei, separados de juízes (que estão conspicuamente elevados sobre o resto dos procedimentos), os disputantes não têm outra opção senão a de se tornar litigantes”. AUERBACH. *Op. cit.* P. 50.

161 “On a vu au chapitre précédent que le recours à la loi pouvait se faire en principe en toute circonstance, le cas échéant par voie de triangulation, de transposition ou par interprétation d’une norme légale. La solution existe, mais elle n’est pas nécessairement personnalisée ou adaptée aux circonstances”. Cf. BIERI, Isabelle. *La justice est-elle une médiation alternative? Justice et médiation, quelle alternative?*. Conférence donnée à l’IUKB, Oct. 2006. 26 p. Disponível no endereço eletrônico: http://www.gemme.ch/rep_fichier/BIERI_IUK_Justice_et_mediation_20061003.pdf. Acesso em 22/09/2013.

confusa, contraditória, pouco técnica, ou simplesmente não ser conhecida, em razão da inflação legislativa que assola o país.¹⁶²

Nesse sentido, assim leciona Fabiana Marion Spengler:

Pretende-se “discutir mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, organizando o “tempo” e as “práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis¹⁶³.

Outro reflexo no direito processual com a institucionalização da mediação é o fim da oposição entre meio autocompositivo e tutela jurisdicional.

De acordo com Petronio Calmon, fazendo referência a Carnelutti, a autocomposição seria a solução do conflito pelas próprias partes. Por outro lado, na tutela jurisdicional, cuja natureza é heterocompositiva, a solução seria imposta por um terceiro imparcial.¹⁶⁴

A autocomposição pode ocorrer com a renúncia, a submissão ou com a transação da pretensão e da resistência. Apesar de a doutrina fazer referência à autocomposição judicial, trata-se, na verdade, de acordo realizado fora do processo judicial, porém homologado pelo juiz.¹⁶⁵

Pode-se afirmar que, na mediação, mesmo sob o controle estatal, a autocomposição não perde suas características. Caso a mediação judicial não seja uma espécie da mediação como gênero, de onde se espelha também a mediação privada, o processo deixará de ser autocompositivo para se tornar mais uma fase procedimental do processo adjudicatório, numa tentativa de impedir o acesso ao processo adjudicatório.

Sendo assim, tanto o meio autocompositivo quanto o heterocompositivo fazem parte do gênero jurisdição.

No que concerne às garantias constitucionais do processo, cumpre destacar primeiramente a concepção publicista do direito processual, resgatado tal

162 “Par ailleurs, l’inflation législative conduit à un manqué de transparence, la loi deviant difficile dans son accès et dans sa compréhension. On assiste également à la mise em ceuvre de lois incomplètes ou contradictoires. Certaines lois sont si techniques que non seulement elles perdent leur caractere general et abstrait, mais qu’elles ouvrent également la porte à des lacunes juridiques”. Cf. *Idem*. P. 20.

163 SPENGLER. *Da jurisdição à mediação*. P. 133.

164 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2ª edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 47.

165 *Idem*. P. 49.

entendimento a partir do segundo pós-guerra, período em que foi proclamado o Estado Democrático de Direito, cuja base do sistema foi constituída pela dignidade da pessoa humana.

Considerando o reconhecimento tardio dos princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988, o direito processual do início do século XX ainda era voltado para o estudo dos aspectos formais dos atos processuais, ficando a doutrina restrita à análise da validade dos atos, da natureza jurídica, bem como dos efeitos que produzem no processo judicial. Logo, o contraditório era percebido somente como um direito de ser comunicado dos atos das partes e do juiz, além do direito de resposta.¹⁶⁶

A doutrina vem afirmando que à jurisdição contemporânea deve corresponder uma atuação do magistrado e do Judiciário mais cooperativa com o jurisdicionado, necessitando uma constante comunicação com as partes para que sejam vislumbradas as questões e interesses existentes na lide, que em algumas relações não se resumem ao aspecto jurídico do conflito. Assim, somente o diálogo e a cooperação são capazes de proporcionar um processo mais democrático e que tenha como meta o tratamento adequado para o conflito.¹⁶⁷

Segundo observação de Humberto Dalla e Karol Durço, o juiz contemporâneo, denominado por François Ost como Juiz Hermes, é o “deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um intérprete, um mediador, um porta-voz”.¹⁶⁸

166 Nessa linha formalista do direito processual, contraditório era entendido por Nelson Nery Júnior da seguinte forma: “de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”. Cf. NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199. P. 129-130

167 “La Comisión y la Corte Europea de Derechos del Hombre no se equivocan al privilegiar sistemáticamente, de entre todos los derechos fundamentales del Tratado de los cuales tienen la custodia, el sexto, que se ocupa precisamente de las garantías del proceso equitativo. ‘Jurisdiccionalizando’ también los conflictos periféricos, tales como los disciplinarios y administrativos, los órganos de la Convención de Derechos del Hombre aseguran, al mismo tiempo, la penetración de los derechos fundamentales en los espacios cada vez más amplios de la sociedad.”. OST. Ob. cit., p 191 Wayne D. Brazil afirma que num Estado Democrático deve ser oferecido um serviço público de qualidade ao cidadão, no sentido de o seu caso ser analisado com distinção. “Our primary goal might be to have the parties and counsel emerge from our mediations feeling that they have received a valuable service – or at least that we really have tried to be helpful to them. Why might we identify this goal as our principal objective? The answer emerges when we consider how important it is, in a democracy, for the people to feel well-served by their public institutions, and when we understand that a significant percentage of civil cases actually receive little service of value from the courts”. Cf. BRAZIL. *Hosting mediations as a representative of the system of civil justice*. Op. cit. P. 232.

168 PINHO. Op. cit. P. 8.

Além disso, a institucionalização da mediação permite que as partes exerçam a ampla defesa e o contraditório pessoalmente, pois terão oportunidade de narrar os fatos sem a formalidade do processo judicial, tendo um terceiro legitimado e disposto a ouvir o seu ponto de vista.

Em contraposição à ideia do contraditório meramente formal, após vários caminhos percorridos em sua evolução como garantia constitucional que é, ultrapasse-a a concepção de efetiva participação das partes na decisão judicial para se chegar modernamente na leitura do contraditório como princípio de colaboração.¹⁶⁹ Desse modo, além da efetiva participação no processo, as partes e o juiz têm o dever de colaborar para a solução do conflito. A valorização do diálogo permite a máxima ampla defesa, como também o debate na forma pela qual se deve ser conduzido o processo, isto é, se o juiz deve ou não interferir na estratégia dos advogados, por exemplo, bem como, a partir da institucionalização da mediação judicial, se cabe ao juiz mostrar às partes qual o instrumento mais adequado para a solução da lide.

À luz do princípio colaborativo, deve o juiz apresentar às partes os meios de solução de conflito mais adequados para o caso concreto.

O processo baseado no diálogo humano e na cooperação também está presente na fase autocompositiva, cabendo ao Judiciário preocupar-se em não transformar a mediação num acelerador da prestação jurisdicional, mas num instrumento de atuação ética de todos os envolvidos.

Será na fase saneadora do processo judicial que o juiz poderá analisar se a solução mais apropriada para a lide é a mediação, na hipótese da fase incidental. Caso entenda que a natureza da relação é de trato sucessivo e que as partes pretendem manter essa relação ao final do processo, o magistrado apresenta outro instrumento de solução de conflito, a qual não deverá ser imposta às partes, mas somente sugerida, com base no postulado do princípio de cooperação.

Nesse patamar do princípio do contraditório, não há mais como o magistrado deixar de verificar se a prolação da sentença é realmente o meio de solução do conflito mais eficaz, deixando de lado outros interesses envolvidos que não sejam

169“(…) la garanzia del contraddittorio abbia ad esplicarsi con tale incisività, da ‘rimuovere ogni ostacolo a far valer ele ragioni dele parti’, assicurando sostanzialmente, e non solo formalmente, a tutti i sogetti in lite *potestà efetive* di partecipazione dialettica e di assistenza tecno-professionale (...)”. COMOGLIO. Luigi Paolo. *Contraddittorio (principio del)*. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. V. 8. P. 7.

meramente jurídicos, como ocorre na relação entre pais e filhos, empregados e empregadores, alunos e professores, relação comercial, dentre outras.

A função social do juiz é também outra preocupação da jurisdição moderna.¹⁷⁰ O exercício passivo da função judicial não é compatível com os valores constitucionais que o juiz deve preservar.¹⁷¹ A inércia diante de situações de desigualdade no processo deve ser substituída pela postura mais ativa que seja capaz de suprir as diferenças, sem ferir a imparcialidade e a independência no julgamento. Segundo Owen Fiss, é preciso preocupar-se com a questão da diferença de riquezas e de talento para que seja garantida uma decisão justa ou uma solução adequada.¹⁷²

Portanto, a releitura do conceito de jurisdição está inserida no atual contexto de renovação do direito processual, em que é atribuído à garantia constitucional do contraditório participativo um elemento novo, a colaboração ou a cooperação.¹⁷³ O princípio da colaboração garante um processo marcado pelo diálogo entre as partes, e entre elas e o juiz.¹⁷⁴

170 “Talvez os mais perniciosos riscos a que se sujeitam os juízes em razão do excesso de trabalho, da rotinização das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho qualitativo, são o conformismo e a indiferença burocrática”. Cf. GRECO, Leonardo. *O acesso ao direito e à justiça*. Op. cit. P. 16.

171 “(...) conquanto lícito ao órgão judicial agir *sponte sua* com vistas a corrigir os fatos inveridicamente expostos ou suprir lacunas na matéria de fato, a iniciativa das partes pode exibir valor inestimável e merece ser estimulada de modo a possibilitar a mais rápida e segura verificação do material probatório”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, p. 179-212, 2003. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 04/09/2013.

172 FISS. Op. cit. P. 58.

173 “Classicamente, e desde o direito romano (*audiatur et altera pars*), o contraditório foi retratado como o direito da parte de informação-reação no processo. A contraposição dialética de argumentos e teses antagônicas eram o cerne do princípio. Como já tivemos oportunidade de salientar em outra sede, a *ratio* do contraditório sempre foi permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. O princípio transitava em torno do binômio informação-reação, a ‘audiência bilateral’ de que falavam os romanos”. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 104.

174 Fredie Didier contrapõe o modelo cooperativo com o inquisitorial e com o adversarial. No modelo adversarial o processo é conduzido num ambiente de competição, sendo a atuação do juiz relativamente passiva. Já modelo inquisitorial, o juiz é o principal protagonista na solução do litígio. O modelo cooperativo não precisa estar previsto em lei para ser aplicado no processo, uma vez que se tratar de corolário dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé processual. Caracteriza-se, principalmente, pela inclusão do juiz no círculo de diálogo processual, devendo cooperar para um andamento processual mais democrático. Para isso, o autor estabelece alguns deveres de cooperação, quais sejam: de esclarecimento, lealdade e de

É evidente que, conforme for o procedimento adotado, a relação processual poderá estar concernente ao Estado Democrático de Direito ou, caso contrário, poderá permitir um tratamento autoritário ao jurisdicionado, não havendo oportunidade ao cidadão de se manifestar conforme suas convicções, em virtude do temor reverencial da relação estabelecida entre magistrados e partes. Com o estabelecimento e o avanço da Democracia, não é mais concebível a previsão de procedimentos que não valorizem a comunicação, cabendo ao Estado retirar “o indivíduo da condição de súdito (que se submete) para o *status* de ativo coautor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo”¹⁷⁵.

Aplicado no âmbito do processo judicial, Leonardo Greco entende que o conceito moderno de contraditório confere a garantia do diálogo humano como direito de autodefesa, “podendo exigí-lo antes do julgamento mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais”¹⁷⁶.

De acordo com Daniel Mitidiero, o princípio da cooperação é uma das funções do contraditório¹⁷⁷, o qual garante que o resultado do processo será proveniente da comunicação entre os sujeitos envolvidos. Segundo o princípio da cooperação, “nem as partes nem o juiz, solitariamente, são capazes de atingir um resultado melhor. É necessário trabalhar em conjunto”¹⁷⁸. Trata-se não somente de uma divisão de tarefas, mas de uma “repartição de responsabilidades”.¹⁷⁹

proteção. DIDIER JR. Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>. Acesso em: 06/02/2014.

175 *Idem*. P. 109.

176 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Op. cit.* P. 245.

177 MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, pp 108-109, fevereiro 2007. *Apud*: CABRAL. *Op. cit.* P. 208.

178 *Idem*. P. 209.

179 “Le rôle du droit n’est plus seulement d’offrir des solutions toutes faites mais aussi de veiller à la mise en place de procédures qui concerne le règlement des conflits qu’ils ont avec autrui et une plus grande responsabilisation face aux décisions qui les concernent”. Cf. GIRARD, René. *Je vois Satan tomber comme l’éclair*. Ed. Grasset, 1999. *Apud*: CHENOU, Martine; MIRIMANOFF, Jean A. *La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*. Disponível no endereço eletrônico http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_mediation_civile_ou_metajudiciaire.pdf. Acesso em 22/09/2013. P. 10. De acordo com Martine Chenou e Jean Mirimanoff, seja a mediação judicial, como nos países anglo-saxões, seja na mediação

No mesmo sentido, Jorge Augusto Pais do Amaral entende que “a cooperação leva frequentemente a falar duma *comunidade de trabalho* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”¹⁸⁰.

Cabe ao direito processual pós-moderno do século XXI contribuir para a legitimação do poder jurisdicional, seja pela valorização do diálogo entre juízes e jurisdicionados, seja pelo equilíbrio na participação entre as partes e seus advogados.¹⁸¹

Cumprido destacar que o PL nº 8.046/2010 (Projeto do Novo Código de Processo Civil), com a pretensão de ser o marco normativo de um processo civil moderno e ideologicamente diverso do Código vigente, dispõe no art. 6º sobre o princípio da cooperação.

Humberto Dalla entende que a previsão desse princípio no Código de Processo Civil corresponde ao início de um processo civil mais democrático, em que as partes participam na solução do conflito, possuindo uma postura mais responsável pelos seus atos. Além disso, o juiz também deverá desempenhar sua função de forma mais comunicativa por meio de um diálogo aberto com as partes, de modo a facilitar a resolução da lide. Segundo o autor, trata-se de um juiz mais humano e ciente de suas limitações para julgar o caso.¹⁸²

Nesse passo, o processo colaborativo é corolário do processo neoconstitucional, que consagra o contraditório como princípio fundamental do

extrajudicial, como se dá na Suíça, esse meio de solução de conflito é um sistema autônomo e que possui suas próprias regras.

180 AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2011. P. 268.

181 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, p. 179-212, 2003. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 04/09/2013. P. 8.

182 “A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não-jurisdicionais de solução das lides”. Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 49-92, jul./dez. 2010. Disponível no endereço eletrônico: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf. Acesso em 22/09/2013. “Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática (...)”. Cf. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Op. cit.* P. 241.

processo, cujo conceito evolutivo amplia-se à medida do amadurecimento do Estado Democrático de Direito.

No que concerne à aplicação do princípio de cooperação em países estrangeiros, Gênova é considerada uma região onde a mediação encontra-se num patamar mais evoluído, em que foi regulamentada em leis específicas, prevendo ampla flexibilidade no rito de passagem das partes do processo judicial para a mediação. Ademais, o juiz tem atribuição para sugerir a mediação às partes naqueles casos que considerar apropriados. É importante frisar que o Judiciário não interfere no processo de mediação, tanto no aspecto formal (duração, custo etc.), quanto no material.¹⁸³

Pode-se afirmar, então, que o tratamento adequado ao conflito está inserido nesse contexto atual da valorização da cooperação e do processo com fundamento na ética, o qual remete ao juiz e às partes a responsabilidade pelo desfecho do conflito e do seu gerenciamento, de maneira que o Estado-juiz passa a ter um papel de colaborador para a solução da controvérsia, sem ocupar uma posição autoritária na relação processual, a fim de possibilitar um diálogo e maior comunicação acerca dos interesses ou dos fatos envolvidos.

Com fundamento no processo mais comunicativo, deve o juiz explicar às partes as vantagens e desvantagens da mediação, o método de solução de litígio de cada instrumento, deixando evidente que um se trata de julgamento e o outro de facilitação.¹⁸⁴

Desse modo, a mediação atende a garantia constitucional de colaboração, pois é uma forma de tratamento do litígio que privilegia a solução não autoritária do

183 "Legitimacy of the mediation process: mediation for parties involved in civil proceedings has now received legal recognition, thus granting legitimacy to the process. The judge can now suggest it in all cases where it appears to be appropriate, and parties in civil proceedings can resort to it and be encouraged to do so by their attorneys". Cf. MIRIMANOFF. *Op. cit.* P. 8.

184 OTIS, Louise. *Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire. La justice conciliatoire: l'envers du lent droit, un rapport sur les MARL*. Rapport, Strasbourg novembre 2003, Conférence des juges, Conseil de l'Europe, n° 6. *Apud*: MIRIMANOFF. *Op. cit.* P. 12. Cabe destacar que o sucesso da mediação pode vir a depender da atuação individual do juiz, o que não é algo promissor, considerando que a falta de preparo técnico ou a simples ausência de habilidade na condução do caso pode ocasionar no fracasso da tentativa de implementação da mediação judicial. Cf. BRAZIL, Wayne D. Continuing the conversation about the current status and the future of ADR: a view from the courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 11, p. 11-39, 2000. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1420&context=facpubs>>. Acesso em: 23 jul. 2014. p12.

conflito, uma vez que o mediador colabora para que as partes por elas mesmas cheguem voluntariamente a um acordo¹⁸⁵.

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se coloca no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum¹⁸⁶.

Por tutela jurisdicional adequada entendia-se como sendo a correta aplicação do direito material, bem como a efetiva entrega do bem almejado.¹⁸⁷

Não obstante, percebeu-se que, apesar de certas espécies de lide receberem a correta aplicação do direito material, o resultado do processo não acarreta na solução do conflito. Como, ao fim do processo judicial, ter sido estipulado o valor da pensão alimentícia a ser paga pelo genitor do menor, permanecendo, porém, conturbada a relação entre ambos diante de algumas questões que não cabiam ser debatidas em juízo, posto não fazerem parte do objeto litigioso.

Humberto Dalla e Michele Paumgarten apontam as vantagens da mediação em determinadas espécies de conflitos.

As vantagens da mediação têm sido laboriosamente propagadas e sabemos que não se resume à economia de custos pelas partes. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito são substituídos por uma solução elaborada pelas próprias partes e com a ajuda de um mediador escolhido por elas.

A solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas onde a relação ente as partes é de longa duração e permanente; pode abranger

185 SPENGLER. *Da jurisdição à mediação*. P. 319.

186 *Idem*. P. 320.

187 Não se trata de uma crítica ao manejo do processo judicial pela magistratura, o que se quer dizer é que o processo judicial no Brasil está voltado somente para questões jurídicas, ignorando interesses interdisciplinares que fazem parte da lide. “A atenção que tal assunto tem merecido, imperativo registrar, não se verifica como fruto de mero apego artificial à ciência, ao dogmatismo, ou até mesmo ao simples formalismo, despido de consequências concretas, e de inferências práticas na vida daqueles que laboram direta ou indiretamente com o processo. De fato, a identificação do objeto litigioso no processo civil é temática das mais relevantes, na medida em que com a sua correta e exata visualização, é que se torna possível no dia-a-dia das lides judiciais individualizar para todos os que se envolvem de forma imediata neste fenômeno, autor, réu, juiz, promotor de justiça e terceiros interessados intervenientes, o adequado conhecimento daquilo que deve exatamente ser a matéria do seu labor, da sua atividade processual, da formação de todos os elementos e atos processuais instrutórios destinados à busca da verdade dos fatos, do direito objetivo aplicável, e conseqüentemente da produção e entrega da adequada e correta prestação jurisdicional, apta a seus fins, ou seja, a solução de conflitos verificados na vida de relação, em sociedade, e evidentemente sua pacificação”. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque; TUCCI, José Rogério Cruz. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 343-344.

todo o litígio entre as partes e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário (...).

Gostamos muito da ideia do saudoso e inesquecível Luis Alberto Warat (2001, p. 31), para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos.

Esta ideia parte da premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo; apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle.¹⁸⁸

Por conseguinte, não há como a ciência processual ignorar a necessidade da releitura da função jurisdicional, passando o juiz a deter o poder de gerenciar os conflitos, e o mediador o de facilitar a comunicação entre as partes.¹⁸⁹

Se considerarmos que a mediação judicial é mais um instrumento à disposição do jurisdicionado, oferecido apartado do processo judicial, este sim com contorno público e voltado para a correta aplicação da lei a partir da verificação dos fatos, entende-se que é possível a institucionalização de um mecanismo privado de solução de conflito. Nesse novo modelo de jurisdição entende-se que o juiz é formado para proferir decisões justas e o mediador para facilitar a comunicação entre as partes num ambiente propício para o uso das técnicas apropriadas, cada um operando com o instrumento adequado.

Portanto, a mediação passa a integrar o conceito de tutela jurisdicional. Para cada conflito deve ser apresentado pelo juiz um mecanismo de solução apropriado, denominado por Leonardo Greco de tutela diferenciada.¹⁹⁰ E, nesse sentido, entende o CNJ que o Judiciário deva conduzir o jurisdicionado para o caminho mais adequado de resolução de disputa, de modo a gerenciar o conflito racionalmente. O magistrado passa a ter, portanto, a função de gestor de conflitos.

A mediação judicial pode ser o instrumento mais adequado para alguns conflitos, tendo em vista que oferece ao jurisdicionado o fim do litígio remanescente. Embora no processo judicial seja proferida uma sentença conforme os ditames legais, os interesses das partes, talvez responsáveis pela origem da disputa, não

188 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. *Op. cit.* P. 4-5.

189 PINHO. *Direito Processual Civil*. P. 155.

190 "(...) mais do que em países ricos, o acesso à Justiça dependerá em grande parte da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada. A tutela diferenciada abrange os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a justiça interna das associações". GRECO. *Acesso ao direito e à justiça*. *Op. cit.* P. 17.

são atendidos ou até mesmo não são revelados, pois não são considerados objeto desse tipo de instrumento.

Além disso, a mediação judicial possibilita que os interesses das partes não sejam conflitantes entre si, como é o caso do direito à moradia e o valor histórico-cultural. A mediação é um processo construtivo.

Não será, todavia, a mediação que resolverá a crise do Judiciário, muito menos será a causa da diminuição de demandas. A mediação deve ser entendida como um meio adequado para determinadas lides. Por isso, deve o Estado averiguar os motivos da morosidade da prestação jurisdicional, para combater a doença com o remédio correto.

Pelo exposto, a Resolução nº 125/2010 pode ser considerada uma norma colaboradora para o acesso à justiça, no sentido de possibilitar a opção de instrumentos adequados para as lides, além do método adjudicatório. No entanto, o incentivo à cultura da pacificação realizada pelo CNJ não pode mascarar a imposição da mediação ao jurisdicionado, como forma de diminuir o volume de processos judiciais. A mediação como garantia de acesso à justiça é aquela realizada no âmbito da autonomia da vontade e utilizada para determinados conflitos.

2.6 Releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição

Nos tópicos acima estudamos o desenvolvimento de novos modos de compor a lide a partir do rompimento do Estado centralizador em favor de um Estado pós-moderno, menos interventor, e do advento de uma cultura pós-positivista, que tem como corolário a busca pela pacificação do conflito.

Considerando que a função jurisdicional possui assento constitucional, que a estrutura do Estado e suas especificações são estabelecidas pela Constituição Federal, onde também são definidos os valores que “informarão e limitarão essa estrutura”¹⁹¹, e que a transformação do direito contemporâneo significou o reconhecimento da força normativa da Constituição, a ciência processual deve estudar a jurisdição a partir da Lei Maior, sem perder de vista que o seu conceito não integra somente a ciência do Direito, mas também é estudado por outras, como a

191 FISS, Owen M. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 25.

política e a sociologia, por se tratar de um fenômeno cultural que varia conforme o tempo e o espaço.

No presente capítulo, estudaremos o princípio da inafastabilidade da jurisdição, seu entendimento clássico e uma proposta de releitura, atribuindo um novo valor ao princípio. Essa mutação constitucional é possível, no sentido de atribuir uma interpretação evolutiva, em decorrência do Estado Democrático de Direito pautar-se num sistema aberto de normas, cujo conteúdo deve acompanhar a mudança da realidade.¹⁹²

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Cabe ressaltar que no Brasil os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 refletem a reação de movimentos sociais frente ao abuso cometido no período ditatorial, marcado pela suspensão do pleno exercício de direitos fundamentais¹⁹³, como a edição pelo Presidente da República do Ato Institucional nº 5/68, o qual retirou do Judiciário o poder de apreciar determinados atos praticados em conformidade com o AI e seus Atos Complementares, como também dos respectivos efeitos.¹⁹⁴

Inicialmente interpretado como o mero direito de ação, ao princípio da inafastabilidade foram sendo acrescentados valores, sempre buscando ampliar o acesso à justiça, chegando-se à preocupação com a efetiva tutela jurisdicional.¹⁹⁵

192 CANOTILHO, J. J. G. APUD ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 89.

193 “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente”. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. 3: O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. P. 5.

194 NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 95. “Na ordem cronológica, veio a lume, no ano de 1988, a nova Constituição brasileira, amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça (...)”. Cf. CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 55.

195 “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros,

Também foi atribuído ao princípio o entendimento, predominante no sistema brasileiro, de monopólio estatal da jurisdição, como se somente o Judiciário detivesse a função de solucionar crises jurídicas e das mais diversas naturezas.

De acordo com Cappelletti, o acesso à justiça é o “mais básico dos direitos humanos”.¹⁹⁶ A relevância da positivação está na sua função de limitar o exercício do poder. Ingo Wolfgang Sarlet salienta essa condição ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guinada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.¹⁹⁷

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ressalta que a noção básica de acesso à justiça inexistiu no período do Império brasileiro, sendo que o início do movimento ocorreu no século XX e era restrito à ideia de justiça caritativa.¹⁹⁸ Embrionariamente, o acesso era meramente formal, assim como era a igualdade. Nesse período, o Estado era passivo em relação aos problemas sociais, não sendo do seu interesse,

2004. P. 199. “O art. 5º, XXXV, da CF/1988 não assegura apenas o direito de acesso à justiça. De nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse *meios* e *resultados*. Por isto, especialmente após o acréscimo, pela EC 45/2004, do inc. LXXV III ao art. 5º da CF/1988, a exemplo da interpretação do art. 6º, n. 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem e do Cidadão, o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988 deve ser interpretado como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 219.

196 GRECO. ob. cit., p 12

197 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 79-80.

198 “A noção de acesso à justiça como atividade caritativa, como favor prestado aos mais pobres única e exclusivamente no campo da litigância, do processo, e em especial na área penal, foi a tônica dominante durante grande parte do século atual, que nos países em desenvolvimento como o Brasil, retrata o ideário do Estado liberal (a igualdade meramente formal), tendo praticamente como ressalva única de monta a criação da justiça do trabalho, a qual será abordada adiante com maiores detalhes”. CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 42.

por exemplo, se existiam barreiras econômicas para o acesso ao tribunal.¹⁹⁹ O direito de ação significava tão somente um direito formal de proteção judicial. Desse modo, o acesso à justiça no sentido formal protegia somente os cidadãos que possuíam condições financeiras de custear um processo e que também habitavam em grandes centros urbanos onde o aparelho judicial encontrava-se próximo.²⁰⁰

Com o surgimento do *welfare state*, o movimento dos direitos humanos reconheceu a existência de direitos e de deveres sociais, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação e ao acesso efetivo à justiça.²⁰¹

Nesse contexto, se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional era antes interpretado como direito de ação, passou a ser entendido como a garantia da efetiva prestação da tutela jurisdicional. Essa garantia significa para a doutrina e para a jurisprudência como o dever de o Estado-juiz prestar a tutela jurisdicional, em razão de o Estado deter o monopólio da jurisdição.²⁰²

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo.²⁰³

A ideia de monopólio estatal da jurisdição decorre da feição publicista e social do processo, que surgiu com a evolução e fortalecimento do Estado, ocorridos bem após o fim do ciclo da justiça privada no período romano.²⁰⁴ Se antes o particular

199 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. P. 9-10.

200 “O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”. *Idem*. P. 10.

201 “Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos”. *Idem*. P. 11.

202 “(...) Destarte, é defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz”. STJ, REsp 899664 / AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 08/05/2008.

203 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição. v. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. P. 199.

204 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder. Contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 5-6.

conhecia dos litígios e proferia sentenças, o Estado passa a concentrar o poder para si, conferindo a um terceiro imparcial a competência para atuar a vontade da lei, conforme a pretensão manifestada em juízo²⁰⁵.

De acordo com Chiovenda, com a formação do Estado, não é mais possível o exercício da função judicial fora do âmbito estatal e sem a observação da vontade da lei.

Quanto mais se reforça a organização política, tanto mais se restringe o campo da *autodefesa*, não, por certo, em virtude de um contrato entre os poderes públicos e o indivíduo, mas pela natural expansão da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de normas de lei sempre mais numerosas e precisas, do outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas.²⁰⁶

O princípio da inafastabilidade, no seu sentido formal, impede o legislador de restringir ilegitimamente o acesso do jurisdicionado à obtenção em tempo razoável de uma tutela jurisdicional. Por sua vez, no sentido material, o magistrado possui amplo poder para decidir acerca do direito material, servindo-se o cidadão de qualquer instrumento para requerer aquilo que entende ser direito seu, denominado por Eduardo Cambi como a atipicidade da tutela. Assim sendo, é possível o juiz penhorar supersalários, além de bens de família de valor extraordinário, mesmo que não haja previsão legal nesse sentido.²⁰⁷

Ainda sobre o direito de ação, Liebman desenvolveu a Teoria Eclética entendendo que, apesar de possuir caráter abstrato, devem as demandas ser prescindidas de condições de admissibilidade para serem apreciadas em juízo. As condições da ação configuram numa atuação legítima do autor, muito embora algumas vezes não se configure na prática, pois a mera alegação da parte autora já basta para se entender como admitidas as condições da ação.²⁰⁸

Embora a tutela jurisdicional seja garantida pela Constituição Federal, não significa que o seu exercício seja ilimitado, uma vez que a demanda judicial invoca

205 Conforme entendimento de Afrânio Silva Jardim, o elemento essencial da função jurisdicional é a pretensão do autor e não a lide (teoria de Francesco Carnelutti). Cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. 1981. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1981.

206 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. P. 57.

207 CAMBI, Eduardo. *Op. cit.* P. 223.

208 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. V. 1. P. 147 e 151.

outros direitos também previstos na Constituição, como o devido processo legal, o qual protege o indivíduo do privamento arbitrário de seus bens. Desse modo, a legislação estabelece requisitos legítimos que devem ser observados para o exercício da prestação jurisdicional, seja concedendo ou não o direito postulado.

Em síntese, as condições seriam a legitimação para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Somente com a existência desses requisitos poderá o Judiciário exercer a função jurisdicional, visando o “regular exercício do direito de ação”.²⁰⁹

Todavia, o entendimento da existência de monopólio do Estado-juiz em exercer a tutela jurisdicional confere pouca relevância às condições da ação, pois se o Estado-juiz é o meio principal de resolução de litígios, não é possível impedir o ingresso de demandas individuais, sob pena de inviabilizar o acesso do cidadão ao próprio direito.

Rodolfo de Camargo Mancuso é contrário a essa leitura que o direito de ação tem recebido, a qual se distancia da ideia subsidiária da prestação jurisdicional; ao ser visto como se, na verdade, se tratasse de um dever de ação, eis que não se exige da parte autora a efetiva observação das condicionantes.

Por certo, no rol das *condicionantes legítimas* do acesso à justiça, pontificam as *condições da ação*, seja por definição – já que se trata de um direito subjetivo público *muito condicionado* – seja porque, notadamente o *interesse de agir* – necessidade/utilidade da resposta jurisdicional – hoje é de se ter como atendido quando demonstrado o anterior esgotamento de outros meios e modos, auto ou heterocompositivos, em princípio idôneos a prevenir ou resolver o conflito.²¹⁰

Embora nos tempos primórdios a realização da justiça tenha sido “publicizada”, sendo o exercício do poder de solucionar conflitos transferido da esfera privada para a pública, ficou sedimentada na sociedade a ideia de monopólio da justiça estatal, cabendo ao Poder Judiciário proclamar o que é certo e o que é errado. Assim, deixaram-se de lado os meios complementares de solução de disputa, causando uma concentração de conflitos no âmbito daquele Poder²¹¹.

209 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 185.

210 MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 225.

211 GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. *Disposições Gerais sobre a Mediação Civil*. In: PINHO. *Op. cit.* P. 4.

Pode-se afirmar, então, que vivemos na era da judicialização dos conflitos, que no Brasil está relacionada com a interpretação que se dá ao art. 5º, inciso XXXV, da CF.

A concepção de Justiça unitária faz concentrar a interpretação do direito pelo Judiciário, como se o Estado tivesse avocado a função de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, “que se costuma chamar a indeclinabilidade, a inafastabilidade ou ainda a ubiquidade da jurisdição”.²¹²

Ocorre que, apesar de o Estado-juiz ter assumido esse posicionamento centralizador da solução dos conflitos, não houve o desenvolvimento necessário do processo judicial, de forma que a prestação jurisdicional fosse efetiva. Nos termos de Ada Pellegrini Grinover, “é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação, de um lado, e a prática judiciária, do outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça”.²¹³

Considerando a ineficiência da prestação jurisdicional pelo Estado, a ideia de “Justiça estatal monopolizada” vai sendo substituída gradativamente pela universalidade da jurisdição e do processo.²¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco ressalta que o modo de solução de conflito é o que atrai ao método auto ou heterocompositivo, não sendo a ideia de monopólio estatal da jurisdição mais convincente o bastante para impedir a revitalização das vias alternativas, como a arbitragem no meio empresarial.²¹⁵

Além do argumento prático, de incapacidade estrutural para acolher a avalanche de ações, afirma-se que a Constituição Federal de 1988 não previu

212 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 50.

213 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e Juizados de Pequenas Causas – deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Novastendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. P. 177

214 “O sentido contemporâneo da palavra *jurisdição* é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se hão de desenvolver esforços para (i) prevenir formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processos judiciais”. MANCUSO. *Op. cit.* P. 52-53.

215 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 304.

expressamente que a solução do conflito deva ser confiada exclusivamente ao Judiciário.²¹⁶

Também não se pode alegar que reservou o termo jurisdição tão somente para esse Poder, vez que o art. 37, inciso XVIII dispõe que “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais administrativos, na forma da lei”. Igualmente, no art. 73, prevê que o Tribunal de Contas da União detém jurisdição em todo o território nacional.²¹⁷

A releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ter como fundamento o conceito moderno de acesso à justiça, que não se restringe ao acesso ao Judiciário, mas que engloba a oportunidade de solucionar conflitos no âmbito privado, onde também devem estar garantidas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito, seja na mediação ou na arbitragem.

Mauro Cappelletti e Garth ressaltam que “as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada”, ou seja, acesso à justiça não significa solucionar os conflitos somente com a atuação judicial.²¹⁸ Para os autores, a “tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios”.²¹⁹

Eles (sic: os processualistas) precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.²²⁰

O acesso à justiça não está vinculado necessariamente à função judicial e, muito menos, ao monopólio estatal da justiça. A terceira onda renovatória do

216 Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 111.

217 “Assim como a normatividade não é monopólio do Legislativo, a realização do justo não é monopólio do Judiciário. Há lugar para a *mediação*, para a *arbitragem*, para a *negociação*, para o *juiz de aluguel* e outras modalidades de solução dos conflitos”. Cf. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, p 100 *Apud*: MANCUSO. *Op. cit.* P. 54.

218 CAPPELLETTI; GARTH. *Op. cit.* P. 12.

219 *Idem.* P. 13.

220 *Idem.*

processo civil tratou da ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos. Todavia, o Brasil ainda não alcançou essa terceira fase do processo civil, tendo em vista que prestigia somente o meio judicial de solução de conflito, confinando o acesso à justiça às portas dos tribunais, que, abarrotados de processos, não garantem uma prestação jurisdicional eficiente.²²¹

A doutrina processual começa a entender que o monopólio estatal do meio de solução de conflito vem sendo mitigado diante de mudanças no cenário contemporâneo e, principalmente, com o aperfeiçoamento dos meios alternativos. Modernamente, não há como pressupor que a jurisdição é exclusiva do Estado, frente ao uso progressivo da arbitragem nas relações privadas de grande expressão econômica e também estabelecidas com o Poder Público.²²²

Segundo Cappelletti e Garth, os países que vêm adotando os meios alternativos dentro do projeto de reforma judicial valorizam procedimentos mais simples para a solução do conflito e algumas vezes utilizam-se de julgadores leigos. Ressalta-se, porém, que as reformas citadas concentraram-se basicamente em causas simples ou de interesse do consumidor.²²³

A propósito, é de se afirmar que a noção de acesso à justiça e o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição estão relacionados com a questão da crise do Judiciário, assunto bastante difundido na doutrina, marcada esta pelo progressivo aumento de processos judiciais.

A relação existente é devida, principalmente, pela morosidade da prestação jurisdicional, que está cingida ao superdimensionamento da função judicial, produto do entendimento pontual do acesso à justiça, baseado somente numa perspectiva individualista do processo. A partir dessa ideia, o acesso à justiça garante o ingresso do cidadão ao Judiciário, seja pela gratuidade de justiça, seja pela defesa técnica

221 “Sem embargo, insiste-se na (equivocada) política do *crescimento físico do Judiciário*, descurando-se das causas do aumento da demanda por justiça. (...). Todavia, a resposta adequada à crise numérica dos processos em trâmite na Justiça brasileira não está na desmesurada *expansão do Judiciário – mais fóruns, mais juízes, mais servidores, informatização mais sofisticada* –, mas, ao contrário, tal política com ênfase na *quantidade*, sobre não resolver o problema, acaba agravando-o, na medida em que trabalha sobre a *consequência* – o volume excessivo de processos – e não ataca a *causa*, que consiste na cultura demandista, em boa parte acarretada por uma leitura *ufanista e irrealista* do acesso à Justiça e pelo corolário desestímulo aos outros meios auto e heterocompositivos”. Cf. MANCUSO. *Op. cit.* P. 54.

222 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 36.

223 CAPELLETTI; GARTH. *Op. cit.* P. 81.

prestada pela Defensoria Pública e também pela ausência de mecanismo de controle no momento da propositura da ação.

Essa leitura pontual do acesso à justiça não se preocupa com a efetiva prestação jurisdicional ou com a solução adequada do conflito, isto é, sob o ponto de vista do resultado da função jurisdicional. Seria como se afirmasse ao jurisdicionado que ele tem livre acesso ao Judiciário, ilimitadamente, sem restrição, porém, não tem a garantia de se obter a prestação da tutela jurisdicional a tempo, pois o órgão está repleto de demandas, das mais variadas possíveis, o que torna impossível conferir um serviço adequado e em tempo razoável para cada ação proposta. Tal interpretação dada ao princípio do acesso à justiça confere ao Judiciário o dever de processar e julgar todas as causas ingressadas, em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não havendo limite para o exercício da função da magistratura. Desse modo, acumulam-se processos judiciais, cujo trâmite pode violar o princípio do contraditório efetivo, haja vista a ausência de tempo do magistrado de estudar profundamente cada caso concreto, não oferecendo, em alguns casos uma resposta adequada ao conflito, seja pela tutela que não soluciona o conflito, seja pelo decurso do tempo que impossibilitou o desfrute do direito obtido. Assim entende Rodolfo de Camargo Mancuso:

Sem embargo, para que essa expressão – acesso à Justiça – mantenha sua atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, impende que ela passe por uma releitura, em ordem a não se degradar numa garantia meramente retórica, tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal.²²⁴

Como exemplo do acesso racionalizado, Rodolfo de Camargo Mancuso, citando Owen Fiss, alega que o *day in Court* nos Estados Unidos significa o “direito de cada um ter seu interesse devidamente representado”, ao invés de cada cidadão ser representado no tribunal, sob pena de inviabilizar a tutela jurisdicional.²²⁵

Há também o descaso do Legislativo em aprovar os projetos referentes ao processo coletivo, como o PL 5.139/2009, que trata sobre a nova ação civil pública, prevendo normas que garantem o fortalecimento da ação coletiva, como a do art. 9º:

224 MANCUSO. *Op. cit.* P. 55.

225 No *Leading case Martin vs. Wilks* (1989), em que a Suprema Corte norte-americana decidiu pelo término da discriminação racial no corpo de bombeiros, um grupo de bombeiros brancos alegou que não figuraram como parte no processo. Entendendo que o interesse desse grupo de bombeiros teve representação adequada, a coisa julgada pode sim expandir para o grupo representado, no entendimento de Owen Fiss. Cf. *Idem.* P. 56.

Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

Por outro lado, o estímulo ou a oferta à demanda individual, sem a previsão de filtros legítimos de acesso ao Judiciário, acarreta três efeitos: “fomenta a litigiosidade ao interno da sociedade; desestimula a busca pelos meios alternativos, de cunho conciliatório, e, por fim, é fator de sobrecarga ao Judiciário, atulhando-o de processos que, antes, poderiam e deveriam ser resolvidos em outras instâncias”.²²⁶

Conforme já mencionado, o fortalecimento do contraditório com a preponderância da cooperação no processo contradiz com a centralização da solução da lide pelo juiz. Além do Estado, os demais protagonistas devem colaborar para o encerramento do conflito, de maneira que as relações não sejam judicializadas em excesso.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o acesso à justiça é, na verdade, bastante condicionado e específico, ao contrário do direito de petição, como bem se vê na prática forense por meio da peneira realizada pelos Tribunais Superiores.²²⁷ É evidente, porém, que não se defende neste trabalho condutas arbitrárias do Estado que impeçam a tutela jurisdicional de um direito. Todavia, o acesso irrestrito e irracional ao Judiciário inviabiliza, da mesma maneira que os filtros ilegítimos, a prestação jurisdicional, haja vista a impossibilidade de se obter a prestação do serviço de qualidade num tempo razoável.²²⁸

226 “Os milhões de processos em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do *acesso à Justiça* (também chamado princípio da *ubiquidade/indeclinabilidade/inafastabilidade da jurisdição*), sediado no inciso XXXV do art. 5º da CF: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Embora inserida no capítulo dos direitos individuais e coletivos’ (art. 5º e incisos), trata-se de norma precipuamente dirigida ao /executivo e ao Legislativo, e só indireta ou reflexamente aos jurisdicionados, porque aquele inciso adverte esses dois Poderes para que se abstenham de apresentar proposição tendente a suprimir lides ao contraste jurisdicional, e não mais do que isso”. *Idem*. P. 58-59.

227 *Idem*. P. 60.

228 Ao contrário do entendimento exposto, Eduardo Cambi alega que a interpretação de um direito fundamental é um ato político, no sentido de ser uma decisão originada do povo, o qual estabelece a forma do exercício do poder. No que concerne ao princípio da inafastabilidade, entende o jurista que a Constituição não restringiu o acesso à justiça, “possibilitando que qualquer interesse jurídico contrariado seja valorado pelo Judiciário à luz da Constituição”. Logo, na visão do autor, não é possível o magistrado autolimitar o exercício da jurisdição, alegando algum

Em resposta ao agigantamento do Poder Judiciário, o Estado vem buscando encontrar soluções para a crise, desde reformas legislativas que procuram encurtar o tempo do processo, até a criação de jurisprudência defensiva, algumas das quais estabelecem obstáculos ilegítimos de acesso aos tribunais.²²⁹

No primeiro momento de reforma, houve uma significativa alteração do Código de Processo Civil, como a introdução da tutela antecipada e o fim do processo de execução para as sentenças que determinam obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Também foram editadas leis esparsas, como a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), que tiveram o propósito de conferir maior celeridade processual.

Sobre as tentativas de se debelar a crise do Judiciário, Leonardo Greco afirma que o Estado brasileiro vem se utilizando de métodos gerenciais e econômicos, por meio de produção de dados e estatísticas, para que sejam criadas metas quantitativas para o processo judicial.²³⁰

Nos Estados Unidos e na Europa, a partir do final da década de 80, algumas instituições desenvolveram projetos de reforma da justiça e do processo civil, dentro do qual foram estabelecidos padrões de qualidade. O sistema Trial Court Performance Standards criou cinco critérios de mensuração da qualidade da prestação da tutela jurisdicional:

- 1) acesso à justiça: as cortes devem assegurar que a estrutura e a máquina judiciária sejam acessíveis a todos aqueles que delas necessitem;
- 2) celeridade e tempestividade: as cortes devem exercer a jurisdição de maneira expedita e tempestiva;
- 3) igualdade e justiça: as cortes devem oferecer um devido processo e uma proteção legal e equânime a todos os jurisdicionados;
- 4) independência e controle (*accountability*): as cortes devem estabelecer as suas responsabilidades legais e organizacionais, publicamente mensurar, monitorar e controlar as suas *performances*;
- 5)

argumento político ou de conveniência e oportunidade para deixar de tutelar um direito do jurisdicionado. Cf. CAMBI. *Op. cit.* P. 212.

229 “Uma das mais graves deformações da justiça civil contemporânea em países da chamada *civil law* é a tendência incontrolável à hipertrofia da jurisprudência dos tribunais superiores, à sua imposição autoritária aos juízos e tribunais inferiores e à criação de obstáculos quase intransponíveis à sua superação: súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, sentença liminar de improcedência”. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 283.

230 A crítica de Leonardo Greco é que o resultado obtido com essa pesquisa é de pouca confiabilidade, uma vez que se pode descartar fatores que deveriam ser levados em consideração na análise, fazendo com que se conclua precipitadamente acerca de uma questão, como por exemplo, a realidade dos advogados e do Judiciário no restante do país. *Idem*. P. 278.

credibilidade e confiança: as cortes devem trabalhar para desenvolver a confiança pública de que elas são acessíveis, justas e controláveis.²³¹

Em 2002, foi criada na Europa a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça, órgão vinculado ao Conselho da Europa, a qual possui a relevante função de assistir os países que pretendem ingressar na União Europeia, no que diz respeito à qualidade e à confiabilidade da justiça civil, fatores importantes num mercado de livre circulação de produtos e de cidadãos.²³²

Esses programas, se não descuram da busca da celeridade e de soluções para a explosão quantitativa de processos e de recursos, estabelecem como essenciais o fortalecimento de padrões de qualidade, como a independência e a qualificação dos juizes, a estruturação de um processo que respeite as garantias universalmente reconhecidas, a isonomia no acesso à justiça por todos os cidadãos que dela necessitem e a conquista da credibilidade e da confiança no Judiciário por meio de todos esses fatores e, especialmente, pelo controle da administração da justiça e pela responsabilização dos que se desviarem desses padrões.²³³

Os projetos elaborados em países estrangeiros, citados por Leonardo Greco, são relativos a políticas públicas as quais precedem as reformas da justiça e valorizam a qualidade da prestação do serviço.

Por sua vez, no Brasil, assim entende o autor supramencionado, as reformas não são precedidas de uma política pública séria, imbuídas de estudos técnicos preocupados não somente com o aspecto quantitativo da crise, como também com o qualitativo. Em seu texto, lança a seguinte questão: “O que é melhor para a sociedade: a facilitação do acesso a uma justiça com um padrão inferior de qualidade ou a criação de obstáculos e filtros ao seu acesso para assegurar um padrão mais elevado de qualidade e de confiabilidade das decisões judiciais?”²³⁴

Humberto Dalla responde essa indagação afirmando que hoje deve-se buscar a racionalização do acesso à justiça, de maneira que a tutela jurisdicional seja prestada quando realmente for necessária para a solução do conflito e da maneira mais adequada. O Judiciário deve ser a última via para o acesso ao direito.²³⁵

231 *Idem.* P. 279.

232 *Idem.*

233 *Idem.* P. 280.

234 *Idem.*

235 “Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio

Rodolfo de Camargo Mancuso também entende que no Brasil não há preocupação com o diagnóstico da crise do Judiciário, de modo que sejam reveladas as causas e os efeitos de possíveis medidas a serem adotadas.

(...) diagnosticar e enfrentar os males em sua origem reclama tempo, implica vontade política e, não raro, acarreta desgaste à autoridade, órgão ou instância que assume uma conduta pró-ativa e incisiva, como, por exemplo, vem procedendo o CNJ em sua luta contra o corporativismo instalado ao interno do Judiciário, e, bem assim, nas demais providências rigorosas que esse Conselho vem gradualmente implantado, buscando imprimir eficiência na prestação jurisdicional, com vistas a recuperar a credibilidade social na Justiça oficial.²³⁶

As reformas processuais sucedidas após a vigência do CPC de 1973 foram desenvolvidas sem a devida transparência, omitindo-se as verdadeiras razões de sua implementação, e por isso deixaram de se aprofundar na análise das causas dos maiores problemas na prestação da tutela jurisdicional para, a partir do diagnóstico, enfrentar com medidas realmente eficazes.

Assim sendo, é comum existir a preocupação com o volume crescente de processos, concentrando-se a política judiciária basicamente em reformas legais, que algumas vezes atrita com a garantia do devido processo legal, como a compactação de procedimentos ou a valorização excessiva de decisões monocráticas nos tribunais, a qual compromete a colegialidade. Ressalta-se também que a tentativa de solução pela via legislativa vem ocorrendo desde os anos 1990, mas os tribunais permanecem sobrecarregados de processos.²³⁷

Além disso, as reformas processuais tendem a conferir ao Estado-juiz a responsabilidade de dirimir os conflitos, operando como “receptáculo imediato (uma

de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o ‘call center’ de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. Ijuí: Unijuí, 2011. Disponível no endereço eletrônico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21. Acesso em 11/12/2013.

236 MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 51.

237 *Idem*. P. 52

espécie de guichê universal de reclamações)”²³⁸, como se a sociedade e demais órgãos públicos não tivessem responsabilidade para solucionar ou gerir conflitos.

Dessa forma, o controle jurisdicional agigantou-se com o passar do tempo, e mesmo assim não há na prática forense uma limitação ao demandismo desenfreado pela análise das condições da ação, em razão da interpretação habitual do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cujo entendimento é pelo ilimitado direito público subjetivo de exigir a tutela jurisdicional.²³⁹

O próprio Poder Judiciário não exerce categoricamente o controle do ingresso das demandas, deixando de analisar as condições da ação no momento propício, para, somente na sentença, exercer a verificação dos pressupostos prévios da análise do mérito. Há, inclusive, opinião que mitiga o exercício da limitação da atividade jurisdicional, entendendo que “embora a admissibilidade do julgamento de mérito ou a concessão da tutela executiva dependam do cumprimento de certas exigências existentes no Código de Processo Civil – entre as quais encontram-se as condições da ação –, muitas vezes a falta de uma delas não impede a análise do mérito ou a tutela executiva”.²⁴⁰ Caso seja considerada irrelevante a carência da ação, parte-se para análise do mérito.²⁴¹ Trata-se de entendimento que visa garantir celeridade e economia processual a fim de que a ação não seja novamente proposta no Judiciário, tendo em vista que a coisa julgada formal não impede a propositura da demanda com os mesmos sujeitos e objeto.

Não se pretende defender o formalismo exacerbado do processo ou mesmo o uso de barreiras ilegítimas pelo Judiciário para impedir o crescimento progressivo de processos nos tribunais. Todavia, ressalta-se a necessidade de releitura do princípio

238 *Idem*. P. 54

239 “(...) como o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição, fez nascer aos seus administrados o direito público subjetivo de exigir a sua prestação”. Cf. SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 66, jan-mar/2009. P. 123.

240 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2010. P. 243.

241 “*Pedido juridicamente possível* é aquele que, considerados em tese os três elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), não encontra óbice expresso no ordenamento jurídico material. Mas, ao reconhecer que determinado pedido é juridicamente impossível, ainda que o faça tão-somente com base nas alegações do autor, a rigor, o juiz indefere o pedido de tutela jurisdicional, porque a pretensão não encontra amparo no plano material. (...) Como já anunciado, buscam-se, aqui, mecanismos destinados a *relativizar* ou *flexibilizar* a técnica, para possibilitar que o processo atinja seus escopos no menor tempo possível.” *Idem*. P. 261 e 263.

da inafastabilidade da jurisdição e a conseqüente revisita ao instituto das condições da ação, haja vista que não vem cumprindo com o seu escopo, que é filtrar a demanda inadequada.

Como já observado, embora todos tenham direito ao devido processo constitucional, nenhum óbice existe a que o legislador ordinário desenvolva técnicas destinadas a obstar ao prosseguimento de processos manifestamente inócuos. A garantia constitucional não impede o controle da utilidade do processo pelo juiz, que deve, à luz dos dados concretos a ele apresentados pelo autor, verificar desde logo se a tutela jurisdicional pleiteada pode ser em tese concedida.²⁴²

Cândido Rangel Dinamarco defende a relatividade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, para que o Judiciário julgue somente os casos em que houver a presença dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito. Todavia, o autor é contrário aos óbices perversos, que constituem verdadeiras barreiras ilegítimas do acesso à justiça.²⁴³

Numa visão macro do processo judicial, a existência de um direito absoluto à prestação jurisdicional não garante o amplo acesso à justiça, uma vez que um Judiciário congestionado de processos impede o julgamento em tempo razoável de causas que devem ser apreciadas por um juiz togado, sob pena de frustrar irremediavelmente a ordem jurídica.

A reflexão sobre as condições da ação está relacionada à necessidade de o Judiciário refletir acerca do seu papel perante a sociedade, verificando qual o limite do poder de decisão do juiz. Diante da inflação de processos, sendo as demandas as mais variadas, cabe ao Estado construir um canal de diálogo com a sociedade para se debater o papel que o Judiciário deve exercer nos tempos atuais, e, nesse contexto, afirmar, sim, que não há estrutura material e pessoal suficiente para julgar detidamente cada processo e conferir uma tutela jurisdicional justa e adequada num intervalo de tempo razoável.²⁴⁴

242 *Idem*, p 244

243 Como exemplo de óbices perversos, Cândido Rangel Dinamarco citou a própria lei, sua interpretação, barreiras econômicas, sociais e culturais, que não devem interferir na ordem processual. DINAMARCO. *Op. cit.* P. 199.

244 “Admitir-se o juiz como portador de poderes ilimitados e ilimitáveis não parece ser razoável nesta quadra histórica, cabendo à doutrina dimensioná-los a partir da identificação de suas limitações – as chamadas ‘barreiras legítimas’”. GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. *Revista Autônoma de Processo*. n. 3, Curitiba, abr.-jun. 2007. p. 84-85. *Apud*: MACUSO. *Acesso à Justiça*. P. 54.

Por outro lado, a doutrina já vem estudando a função jurisdicional, seus contornos, bem como institutos processuais referentes a esse poder, revelando sempre um descontentamento com a prestação precária da tutela jurisdicional, como também pela atuação obsoleta na resolução de conflitos, servindo-se de instrumentos e códigos ultrapassados.²⁴⁵

Segundo Fabiana Spengler, temos um Judiciário distante do cidadão em razão da solução do conflito pela mera elaboração de decisão judicial frente à complexidade dos litígios e, por sua vez, pela impossibilidade de seu cumprimento.²⁴⁶ Para a autora, a jurisdição moderna não deve se limitar à tutela do direito objetivo, mas buscar conhecer os diversos elementos de um conflito, sem enxergá-lo apenas de um modo unidimensional, quando assim for necessário.²⁴⁷

Por sua vez, Mauro Cappelletti defende um sistema judicial baseado no modelo de responsabilidade social, em que o exercício da jurisdição tenha como medida a responsabilidade política social, além da jurídica, “evitando, de um lado, subordinar os juízes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrolada

245 “Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar a celeridade, informalização e pragmatidade”. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. P. 104.

246 “Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento. O que se verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos”. SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. P. 68-69.

247 Cabe ressaltar que não é possível entender a complexidade da lide sem a efetiva participação das partes interessadas, o que evidencia uma jurisdição cujo exercício também se sucede pela mediação, em que a técnica possibilita as partes chegarem a um consenso por elas mesmas, com a facilitação de um mediador. O magistrado pode se deparar com casos em que a aplicação da norma jurídica não é a solução mais adequada para o conflito, como por exemplo, uma disputa envolvendo entes familiares. A prolação de uma sentença que tutele o direito objetivo pode agravar a relação existente, além de não cumprir sua função, que é de conferir a segurança e a pacificação do conflito. O mais adequado nesses casos é encaminhar o processo para o núcleo de mediação, conforme o procedimento previsto na legislação.

e irresponsável dos membros individuais do judiciário”.²⁴⁸ De acordo com o jurista, o Direito deve ser entendido pelo Judiciário como um resultado de um processo democrático, não devendo ser fruto somente da interpretação dos juízes, mas também dado a um “razoável grau de abertura à sociedade e aos indivíduos”.²⁴⁹

O debate acerca da função judicial, de seu escopo e limites, está inserido no contexto da crise de identidade do Poder Judiciário, em que seus membros operam de maneira desarmônica, cada qual interpretando o Direito isoladamente e muitas vezes sem estrutura adequada para conferir um resultado justo à demanda judicial. Também pode ser mencionada a dificuldade existente no julgamento de conflitos coletivos, haja vista o avanço vagaroso do sistema processual nessa matéria.

Permeada por todos estes pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para outros três grandes problemas que, mesmo em menor escala, influenciam também a crise de eficiência e que podem, primeiramente, ser resumidos em uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada. (...)

Assim, a capacidade do poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade com que se processam essas mudanças na esfera social.²⁵⁰

Sendo assim, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, espera-se um avanço no sistema processual de resultados coletivos, cujo conflito está inserido num contexto social mais abrangente e não resumido naquela relação descrita pelas partes.

A efetiva tutela jurisdicional exige que o Judiciário se preocupe com os efeitos de suas decisões, não bastando analisar o caso concreto como se estivesse num laboratório, posto que algumas espécies de conflito são reflexos de determinados comportamentos existentes na sociedade e que, sem essa noção de coletividade, o Judiciário não será capaz de solucionar efetivamente os conflitos. Trata-se de uma perspectiva coletiva do acesso à justiça, isto é, o Judiciário deve inserir o conflito num contexto maior, verificando a partir daí qual o meio mais adequado para se obter a solução do caso.

248 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. P. 90.

249 *Idem*. P. 91.

250 SPENGLER. *Da jurisdição à mediação*. P. 112-113.

Portanto, além da crise da eficiência, que está relacionada à incapacidade da estrutura física e pessoal de suprir uma demanda progressiva de conflitos, encontra-se o Judiciário numa crise de identidade, vez que sua atuação pautada na tutela do direito objetivo sufoca o órgão.²⁵¹ Também o mal uso de técnicas consensuais pelos juízes deixa, ao mesmo tempo, de conferir a completa tutela objetiva a uma das partes e também de pacificar o conflito pelo acordo. Dessa forma, uma das pautas no direito processual pátrio deve ser a função do Judiciário, bem como o papel do juiz.²⁵²

Assim, a institucionalização da mediação surge nesse momento de crise de identidade do Judiciário, significando, na verdade, a revisão do modelo de jurisdição.²⁵³ O modelo proposto pela mediação seria a oferta de uma solução condizente com o caso concreto, cujo resultado seja eficaz, ao contrário da tendência atual dos julgamentos de massa, como ocorre, por exemplo, na repercussão geral do recurso extraordinário (art. 543-A do Código de Processo Civil) e no julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C do Código de Processo Civil), em que o cerne do debate é a tese jurídica e não as peculiaridades do caso concreto.²⁵⁴

Uma das causas da crise de identidade do Judiciário pode estar relacionada com as reflexões de Ingeborg Maus, cujas ideias têm como base a soberania popular para o alcance da democracia.

Seus estudos retornam ao período nazista e continuam no pós-guerra, para, ao fim, criticar a atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, órgão de

251 *Idem*. P. 105.

252 Cf. MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO; AMARAL. *Op. cit.* P. 134.

253 “Esses ‘mecanismos alternativos’ (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias adotadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando-se que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual o terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito. Esse modelo tem sido posto em xeque, fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquira consistência, partindo da ideia do consenso e da jurisconstrução, sem a intermediação de um terceiro entre as partes, conforme o modelo atual, de caráter triádico, no qual, uma pessoa alheia intervém impondo uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito.” Cf. SPENGLER. *Da jurisdição à mediação*. P. 115-116.

254 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, São Paulo: RT, nov. 2009. P. 12.

última instância de definição de todos os valores da sociedade alemã. Esse perfil paternalista do Judiciário, por trás do qual se esconde um Estado autoritário, na verdade, suprime a autonomia do indivíduo e da sociedade. É necessário o confronto histórico para demonstrar que houve uma regressão quanto ao desenvolvimento do Judiciário do século XX em relação ao “ideal de autonomia das concepções constitucionais do século XVIII”.²⁵⁵ Para isso, a autora discorre em seu texto acerca do exercício da liberdade do cidadão num Estado Democrático, marcado pela previsibilidade da atuação do Poder Público mediante a vinculação do Estado aos preceitos legais e, portanto, ressalta o primado do Legislativo frente aos demais Poderes, no sentido de prevalência da vontade legislativa do povo.²⁵⁶

A concepção de autonomia com que se baseia a sociedade moderna, segundo a autora, é originada da filosofia moral de Kant, a qual deixa de ser empírica para se tornar parte de um “processo de verificação da universalidade das máximas de agir, o qual deve ser enfrentado por todos os indivíduos”.²⁵⁷ O indivíduo autônomo seria aquele que se enquadra numa expectativa de condutas modeladas por uma instância moral, ao contrário do sujeito autônomo da filosofia iluminista, o qual está livre de um órgão que exerce uma orientação paternalista no processo político de decisão, isto é, respondem por si próprios seus ideais democráticos.

Retomando ao início do texto, Ingeborg Maus afirma que nos anos 1960 a “figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade vê-se cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego”.²⁵⁸ A tendência do enfraquecimento da figura paterna seria a perda da capacidade de realização de críticas às normas sociais,

255 “A ‘proteção paternal do poder do Estado’ de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos ‘súditos’ pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna”. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Estudos em Avaliação Educacional (Fundação Carlos Chagas)*, n. 20, p. 183-202, jul./dez. 1999. P. 187-188

256 “Assim, surge um conceito de autonomia social que encontra sua correspondência individual na concepção de moral do Iluminismo. Também aqui alteram radicalmente aquela concepção das funções do superego os resultados do ‘crescimento natural’ do processo de socialização”. *Idem*. P. 189.

257 *Idem*.

258 *Idem*. P. 184.

pela perda da autonomia, ou melhor, pela infantilização da sociedade. Segundo a autora, a sociedade infantilizada é facilmente manipulada por agentes com interesses escusos, como ocorre na sociedade industrial moderna.

Sendo assim, não se trata apenas da ampliação da função jurisdicional, marcada pelo “aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”²⁵⁹, mas também de uma veneração da sociedade ao Judiciário, como se a justiça fosse apenas aquela declarada pelo Estado-juiz, não havendo outra fonte de interpretação, ganhando a função do juiz contornos de “veneração religiosa” pelos indivíduos.²⁶⁰

A legitimidade para determinar os valores da sociedade pela decisão judicial está na confiança da pessoa do juiz. Nos termos de Ingeborg Maus, “a ‘excepcional personalidade de jurista’ criada por uma ‘formação ética’ atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: ‘uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa’”.²⁶¹ Com a infantilização da sociedade, o Estado-juiz, sem maiores dificuldades, concentra a “consciência social da Justiça”, eliminando os debates no processo de participação política (democracia participativa), uma vez que não seria o ambiente adequado para a discussão de políticas públicas.

Ademais, a crítica que se poderia realizar face à função jurisdicional é amenizada pela inclusão da moral no direito.²⁶² Conforme o exposto, as ideias de liberdade e de autonomia desenvolvidas no período iluminista são colocadas em questão quando se põe o Judiciário como administrador da moral pública. O certo e o errado variam conforme as decisões judiciais são proferidas, permanecendo os indivíduos e a coletividade inertes, aguardando um posicionamento oficial acerca de questões que dizem respeito a si mesmo.²⁶³

259 *Idem*. P. 185.

260 “Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito”. *Idem*.

261 *Idem*. P. 186.

262 “Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”. *Idem*. P. 187. Outro papel da moral no direito é compreendido no exercício da função judicial quando se deixa de observar um dispositivo legal para decidir o caso invocando princípios superiores ao direito escrito.

263 “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Mesmo que procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos

Outrossim, espera-se que o Judiciário exerça a função de política distributiva social, em vez de se debater tais questões nos processos políticos próprios ou “não institucionalizados de formação de consenso”²⁶⁴, como as audiências públicas para se discutir interesses que envolvem certa coletividade. Assim sendo, Tribunais Superiores, como o da Alemanha, exercem funções que vão além de sua competência, para decidir, inclusive, questões de menor relevância, como a “sincronização dos períodos de legislatura na construção do Estado alemão-ocidental”. Todavia, ao refletir acerca de sua própria competência e dos métodos interpretativos que deve adotar, conclui o Tribunal Federal Constitucional alemão que se deve ignorar qualquer limitação constitucional no controle das leis, podendo pautar-se em princípios suprapositivos no exercício dessa função. Afirma Ingeborg Maus que os juízes alemães da era pós-Bismark sentiam-se afrontados por serem considerados meros reprodutores das leis, o que refletia, inclusive, numa remuneração inferior em relação à dos militares e de demais funcionários públicos.²⁶⁵

Sob o argumento da independência político-partidária, do desconhecimento jurídico do Parlamento e da necessidade de unidade na interpretação do Direito, o juiz torna-se a própria lei. É o Judiciário, assim, investido de gerir a sociedade heterogênea, tornando, conseqüentemente, as demais ciências irrelevantes frente aos métodos jurídicos de resolução de conflitos e ao poder conferido ao Judiciário de conferir racionalidade às inúmeras normas produzidas e muitas vezes inconsistentes e contraditórias.²⁶⁶

Visando integrar-se à política de Hitler, e com o argumento de que fossem superados conflitos de classe ou de grupos, a direção da Associação dos Juízes

que ocorrem nos aposentos infantis, seguindo critérios antiautoritários de educação, favorece com maior obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais.” *Idem*. P. 190.

264 *Idem*

265 “Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juízes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção e os protagonistas da Associação dos Juízes, que redefiniram o conceito de ‘vinculação à lei’, colocando esta à disposição da ambiciosa flexibilização do direito”. *Idem*. P. 195.

266 “Sob a fórmula da ‘unidade do direito’ e da ‘unidade da Constituição’ – as quais não seriam a mera soma das normas de direito isoladas, mas o produto da sistemática jurídica de valores – avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal. Nessa função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores”. *Idem*. P. 196.

Alemães declarou “total fidelidade” a Hitler.²⁶⁷ A função jurisdicional consistia “trazer uma percepção ‘saudável’ a um povo ‘doente’”²⁶⁸ (função de superego). Cabia ao Judiciário moldar o povo alemão conforme os valores do Estado nazista, deixando de ser empírica a concepção de povo para tornar-se um produto da decisão judicial.

(...) aparece nas “Cartas aos Juízes” nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a “correta” jurisprudência, cujas tarefas “só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta”; a magistratura deveria representar a “elite nacional”.²⁶⁹

A função judicial desse período tinha o relevante papel de auxiliar a condução do Estado, devendo, inclusive, “libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”.²⁷⁰ De acordo com Ingeborg Maus, o desprendimento com a lei deixa o juiz vulnerável às conjecturas políticas, tornando-se um instrumento de manipulação, uma vez que não há o devido respeito ao ordenamento jurídico, de maneira que assegure a correta aplicação do direito.

Mesmo após 1945, com o fim do Estado nazista, permaneceram os mesmo magistrados da confiança de Hitler, participando, ainda, das reuniões da Convenção de Herrenchiemsee e do Conselho Parlamentar, além da presença em *lobby* no interesse dos juristas, sendo que um dos temas tratados na Convenção foi a introdução no sistema alemão do controle de constitucionalidade, com competência exclusiva para o TFC. O objetivo da Convenção foi ocupar-se do texto constitucional, traçando um perfil detalhado do juiz, de modo que sua independência fosse, na verdade, uma garantia de total irresponsabilidade pelos atos cometidos na função da magistratura. De acordo com a autora, no período pós-guerra a concentração de poder foi deslocada para o Judiciário. “Contra o império da lei” despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e ‘valores’”.²⁷¹ Ocorre, na prática, uma

267 *Idem*.

268 *Idem*. P. 197.

269 *Idem*.

270 *Idem*.

271 “Essa informalização básica do direito, a ‘dinamização da proteção dos bens jurídicos’, sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais”. *Idem*. P. 200.

“funcionalização das relações sociais” e não a “socialização da Justiça”, de modo que a sociedade é moldada conforme a interpretação que o Judiciário for conferindo às normas jurídicas.

Com base nos estudos de Ingeborg Maus, que em muito se assemelha com a justiça nacional nos aspectos relacionados à excessiva presença do Judiciário nas relações sociais, cabe à sociedade refletir, nesse momento de crise de identidade do Judiciário, acerca do limite da função jurisdicional e da relevância da autonomia de um povo para a concretização da democracia.

Não se nega a relevância de algum controle social que deve ocorrer pelo Judiciário, como uma das funções instrumentais dos tribunais.²⁷² Esse papel do juiz é essencial quando serve de modelo para a sociedade, mantendo a ordem social mediante a aplicação de sanção em casos de infração ou crime. Todavia, o controle social não deve significar a retirada de autonomia do indivíduo e da sociedade civil, de modo que a interferência do Estado seja excessiva.²⁷³ Além disso, assumindo compromissos que vão além de sua capacidade, como a responsabilidade de aplicar o direito em quase toda espécie de relação social, tem como consequência a ineficiência do serviço público.

Nessa mesma esteira, assim entende Fabiana Spengler:

Consequentemente, o espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a Justiça. Tal afirmativa pode ser embasada no fato de que, num sistema provedor, o Estado é visto como todo-poderoso e pode tudo suprir. Diante das falhas estatais, todavia, a esperança se volta para a Justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Nesse contexto, o juiz ganha papel de destaque como o terceiro imparcial que compensa o ‘deficit democrático’, emprestando à sociedade ‘referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos’. Logo, o ‘comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando *superpartes*’. (...)

Tais fatos põem em relevo a crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados que, nessas situações, se

272 “O controle social é o conjunto de medidas – quer influências interiorizadas, quer coerções – adotadas numa dada sociedade para que as ações individuais não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade, por esta razão designado ordem social”. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 65, nov. 1995. Disponível em:

<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contem%20por%20C3%A2neas.pdf>. Acesso em 05/02/2014. P. 29.

273 “Galanter (1984 e 1988) e outros têm chamado a atenção para o papel de mediador ou de árbitro que o juiz tem vindo crescentemente a assumir e que exerce à margem das normas processuais que supostamente devem regular a sua atuação (ver também Röhl, 1983). Se essa atividade de mediação vem muitas vezes ao encontro dos desejos das partes, noutras vezes é-lhes sugerida pelo magistrado, com uma dose maior ou menor de imposição”. *Idem*. P. 27.

tornam a 'boca da lei', reproduzindo o que determina a norma legal, cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda. Nesse contexto, um poder Judiciário chamado a decidir sobre tudo poderá ocultar grandes irresponsabilidades.

O superdimensionamento do Judiciário não é objeto de estudo somente da ciência jurídica, mas também da sociologia política e da ciência política contemporânea, sendo estudado por Boaventura de Sousa Santos como um "crescente protagonismo social e político dos tribunais".²⁷⁴ Para o autor, o protagonismo judiciário sempre significou um confronto com a classe política e com os demais poderes soberanos, principalmente o Executivo.

Outro traço do protagonismo é o surgimento de três questões: da legitimidade, da capacidade e da independência. No que concerne à capacidade, objeto do presente trabalho, um aumento exagerado da procura ao Judiciário pode resultar na própria denegação de justiça. Ademais, a atuação judicial exacerbada não garante o exercício de direitos violados, inclusive quando se trata de conflitos de natureza pública.²⁷⁵

Owen Fiss é favorável à contribuição do juiz para a interpretação de valores públicos, mediante discussão e debates de temas estruturais, os quais afetam a qualidade da vida social, embora não seja monopólio dos juízes a função de conferir sentido aos valores públicos.²⁷⁶ A adjudicação, portanto, trata-se de um "processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos".²⁷⁷

A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo.

Todavia, ressalta Fiss que a função judicial de controle social deve ser precedida de diálogo processual e nela deve ser garantida a independência do juiz. Assim, para que o Judiciário tenha domínio sob a vida dos cidadãos, é necessário

274 *Idem*. P. 1.

275 Nesses domínios, que são aqueles em que a 'politização dos litígios judiciais' ocorre com maior frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judicial". *Idem*. P. 2.

276 FISS. *Um novo processo civil*. Op. cit. P. 26.

277 *Idem*. Exemplo de reforma estrutural ocorreu nos anos 50 e 60, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu o caso *Brown vs Board Education*. Nesse julgamento, entende Owen Fiss que o tribunal alterou a realidade social, modificando o *status quo*, para impedir o sistema dual de escola para brancos e outra para negros e difundir o sistema unitário de escolas não raciais.

que a decisão seja justa e correta, sendo que para isso é necessário que o processo seja baseado no diálogo humano.

Embora o entendimento de Owen Fiss seja aparentemente contrário ao superdimensionamento do Judiciário, uma vez defender um alcance bastante elástico da função judicial, podendo alterar o *status quo* de uma determinada sociedade, defende o autor que essa atuação deve ser subsidiária, no sentido do Judiciário atuar nos casos mais relevantes, deixando para outras instituições os conflitos corriqueiros, que não possuem uma expressão coletiva de resultados. Logo, preocupa-se também com a sobrecarga de funções que pode ser avassalador ao Judiciário e ao acesso à justiça.²⁷⁸

Embora a sobrecarga de trabalho possa ameaçar a integridade do processo comunicativo, o qual é parte essencial da adjudicação, ainda não estão claras as razões pelas quais a solução deve residir na eliminação do processo judicial estrutural. Tal modelo de processo judicial é complexo e difícil, mas, por outro lado, pode fazer com que o juiz se engaje em sua mais importante e admirável função. Uma resposta mais sensata para a arguição da sobrecarga de trabalho pode abordar a transferência de casos mais simples para outras instituições (por exemplo, cidadão contra policial ou presidiário contra carcereiro), posto que podem representar uma carga considerável se tomados em conjunto.²⁷⁹

278 Judith Resnik primeiramente critica o processo estrutural baseado no modelo adjudicatório. Primeiro porque os conflitos não ocorrem em laboratórios, não podendo muitas vezes serem separados pela natureza pública ou privada. Ademais, o modelo adjudicatório não garante propriamente a prolação de uma decisão justa, pois os argumentos daqueles advogados habilidosos podem manipular o resultado do processo. Na realidade, trata-se de um processo formalista em excesso e pouco humanitário. Já o processo menos adversarial possui mais capacidade para produzir resultados. Com a crise do Judiciário, o Estado norte-americano vem implantando medidas que reduzem o acesso à justiça, como a diminuição de direitos processuais aos pobres, bem como incentivando o uso de meios alternativos, impondo de certa maneira os mecanismos privados controlados pelo Judiciário (*"Governments now insist that many litigants who come to court use non-adjudicatory mechanisms that resemble private dispute resolution but stem from state-based rules of process (rather than from disputants' contractual agreements) and that include not only disputants with preexisting and ongoing relationships but also strangers"*). Ressalta a autora, que o movimento pela ADR nos Estados Unidos e nos demais países representa a privatização do processo, diminuindo a sua transparência, bem como a sua regulação. Todavia, ao invés de os juízes norte-americanos somarem esforços para julgar menos, deveria haver um interesse maior no desenvolvimento do processo adjudicatório. O problema, segundo Judith Resnik, é que não interessa à magistratura julgar processos de menor relevância, que não seja capaz de se desenvolver a doutrina jurídica. Para esses casos, prefere o Judiciário apoiar o desenvolvimento de ADRs ou permitir que sejam julgados por juízes leigos (*decision makers*). Por fim, admite que se deve realmente organizar a distribuição de bens e serviços, fazendo-se escolhas, porém, a questão é quem estabelece essas políticas públicas. Cabe à doutrina repensar o processo judicial de maneira que cumpra a efetiva tutela jurisdicional, sem a promessa de atos heroicos do Poder Judiciário. Cf. RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v. 58, n. 173, p. 173-200, 2003. Disponível no endereço eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1761&context=fss_papers. Acesso em 11/10/2013.

279 *Idem*. P. 88.

Elaine Harzheim Macedo, ao tratar da legitimação das decisões judiciais, sustenta que o juiz não deve fundamentar somente com base em sua própria consciência, não sendo esse o fator que confere legitimidade à função jurisdicional. Para a autora, o diálogo com as partes e com a coletividade é o que confere a aceitação dos julgados, ou seja, não há uma resposta correta conferida pelo juiz, mas sim a construção da solução de uma lide realizada pelo grupo interessado no caso. Desse modo, o direito não é aquilo que o Tribunal entende que seja, não devendo a interpretação judicial ser um compromisso pessoal, mas o direito deve ser elaborado pelo diálogo.²⁸⁰ Sugere a autora uma intermediação entre o “governo da lei” e o “governo dos homens”, “abandonando tanto a ideia de que o direito está nas leis como a de que o direito é o que os juízes e os tribunais dizem”.²⁸¹

Não obstante, esse diálogo entre jurisdicionado e o Estado-juiz não pode resultar no completo desrespeito à lei, uma vez que o texto produzido pelo Legislativo é sim um fator de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, que não deve ser simplesmente ignorado pela decisão judicial e “aceito” pelas partes e pela coletividade.

Portanto, a leitura irracional do acesso à justiça, de maneira que o Judiciário tenha que necessariamente julgar todas as demandas, pode causar o efeito oposto, além de não fortalecer a democracia com o enfraquecimento do indivíduo e da coletividade e dos demais Poderes, que estarão sempre à mercê das interpretações judiciais.

Assim sendo, a função jurisdicional não deve ser entendida como um monopólio estatal, no sentido do direito de ação significar um dever do Estado em julgar determinada causa. Tal entendimento não viola o acesso à justiça, pois, para o alcance da efetiva tutela jurisdicional²⁸², a atuação do Judiciário deve funcionar como uma cláusula de reserva, sendo esse Poder investido para julgar subsidiariamente, como nos casos a seguir: 1) pela natureza do conflito, em razão da relevância do objeto, como a violação aos direitos fundamentais; 2) pela natureza indisponível do interesse, considerando que a tendência é pela restrição do alcance do conceito de indisponibilidade, não havendo relação direta entre interesse público

280 MACEDO. *Op. cit.* P. 138-139.

281 *Idem.* P. 142.

282 Efetiva tutela jurisdicional no sentido de conferir maior qualidade aos julgados do Judiciário.

e indisponibilidade do objeto²⁸³; 3) pelo insucesso da via autocompositiva, demonstrando que efetivamente houve uma tentativa de buscar a solução do conflito pelo consenso; 4) pela nulidade insanável do acordo; 5) nas hipóteses de competência originária dos Tribunais.²⁸⁴

2.7 A mediação judicial no movimento da desjudicialização

Parece um tanto contraditório defender simultaneamente a institucionalização da mediação e a desjudicialização do direito. Não se trata, porém, de entendimentos contraditórios entre si, mas sim de tendências que devem ser aprimoradas com o amadurecimento do Estado Democrático. A relação entre a desjudicialização do direito, em outros termos, a crítica ao superdimensionamento do Judiciário é o modo pelo qual o Estado desprende-se da ideia superada de monopólio estatal da jurisdição.

A desjudicialização do direito é um tema corrente, inclusive entre os órgãos estatais, que buscam mediante uma atuação conjunta aliviar a carga de processo do Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, atento à crise da morosidade da justiça, criou grupo de trabalho para aferir se a desjudicialização das execuções fiscais irão causar impacto no trabalho da magistratura em primeira instância. Segundo o relatório elaborado, entregue ao Ministro do STF Joaquim Barbosa, "(...) o grupo de trabalho propõe a edição de nota técnica em apoio ao aprimoramento, por meio de alteração legislativa, do modelo atual de cobranças de dívidas ativas pelo Poder Executivo, no objetivo de tornar mais efetiva a recuperação de ativos e mais racional

283 "No entanto, ao contrário do que sustenta o TCU, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente com o princípio do interesse público, mas com o aspecto econômico do objeto contratual. Para Cesar Augusto Guimarães Pereira, essas decisões do Tribunal de Contas da União não refletem o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência, que admitem a previsão de cláusula compromissória em contratos administrativos, significando isso a possibilidade de alteração das decisões desse órgão". Cf. SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Sobre a participação do estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. ano 5, v. VIII, junho a dezembro de 2011. P. 29-30.

284 "Em suma, na devida releitura, atualizada e contextualizada, do acesso à Justiça, ele deve ser visto como uma *oferta residual*, uma *garantia subsidiária*, disponibilizada para as controvérsias não-compostas ou mesmo impossíveis pelos outros meios, auto e heterocompositivos. Com isso, o Judiciário poderá então dedicar-se aos processos efetivamente singulares e complexos, em vez de produzir *justiça de massa*, através de organismos cada vez maiores, que empenham parcelas crescentes do orçamento estatal e conduzem a um indesejável gigantismo da máquina judiciária". MANCUSO. *Op. cit.* P. 65.

o uso do Judiciário nesse tipo de demanda”.²⁸⁵ De acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica - IPEA, a citação do devedor se dá em cinco anos e a penhora em um ano. É por esse motivo que o relatório afirma que “o objetivo dessa medida é evitar a chegada ao Judiciário de cobranças sabidamente ineficazes, na linha preconizada pelo projeto de lei nº 5.080/2009, em tramitação em regime de prioridade na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, apensado ao projeto de lei nº 2.412/2007”.

Também em conjunto com a Advocacia-Geral da União, o CNJ vem estudando um projeto para facilitação da conciliação em execuções fiscais.²⁸⁶ Cabe ressaltar que hoje é possível a realização de acordos em mutirões aprovados por órgão da AGU e nos casos em que o valor da ação não ultrapasse R\$ 100.000,00 (cem mil reais).²⁸⁷

Embora a implementação da mediação judicial de forma sistemática e padronizada seja um avanço da tutela jurisdicional, considerando que seja aplicada como uma forma de assegurar o acesso a um instrumento mais adequado de solução de conflito e a um ambiente mais propício para a cooperação, deve haver uma preocupação com a possibilidade de surgimento de mais um fator de proliferação de demanda ao Judiciário, no sentido de a mediação judicial significar somente o deslocamento do conflito do processo litigioso para o processo consensual ou o esvaziamento das instituições privadas que oferecem a solução de conflito pela mediação.

O objetivo da mediação judicial não deve ser de substituir a sociedade civil na condução de soluções consensuais, mas tão somente de garantir um instrumento complementar em paralelo ao processo judicial, posto que a mediação é um instituto de origem privada, cujos princípios ressaltam a autonomia do indivíduo frente ao controle do Estado nas relações sociais.

Quando Cappelletti defendeu o desenvolvimento da justiça coexistencial, o fez pensando num ambiente privado, sem a participação e controle do Estado.

285 *Desjudicialização vai ser tema de audiência do CNJ. Jornal do Commercio*, notícia publicada em 31/01/2014. p B-5.

286 Notícia disponível no endereço eletrônico: www.jf.jus.br. Acesso em 26/02/2014.

287 Portaria nº 449/2011. “Art. 1º. A presente portaria autoriza a realização de acordos, homologados em juízo, para terminar litígios, nas causas de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no âmbito do projeto de conciliações prévias e em execução fiscal, da Procuradoria-Geral Federal aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho da Justiça Federal.”

Mas há outra razão que acentua a atualidade dessa forma 'coexistencial' ou 'social' de justiça: ela consiste justamente na 'privatização' dos conflitos criticada por Denti. Não sei se o ilustre Amigo é ainda da mesma opinião. Hoje, contudo, parece-me que a lição da história dos últimos anos vai precisamente no sentido da oportunidade de pôr um limite às intervenções da máquina do Estado, que com frequência se revelou demasiado lenta, formal, rígida, burocraticamente opressiva.²⁸⁸

A preocupação que se tem no presente trabalho com a mediação judicial é inversa daqueles defendem sua implementação como a solução para a morosidade do processo judicial, uma vez que ao permitir que um meio privado de resolução de conflito seja realizado no âmbito do Poder Judiciário, estar-se-á fomentando o acesso irracional do cidadão à máquina judiciária.

Considerando que o Brasil possui uma cultura da litigiosidade, não será a institucionalização da mediação que será responsável pela construção de uma sociedade mais autônoma e independente para solucionar os conflitos que surgem em suas relações privadas, fora da instância judicial.

Ademais, o Estado Democrático não exige a presença onipresente do Judiciário, mas sim de sua disposição e eficiência para os casos que realmente necessitam de um aparato estatal para a garantia do pleno exercício de um direito violado.

O princípio da inafastabilidade de jurisdição entendido como a prolação de sentença como a primeira via de solução de conflito não condiz com o Estado Democrático de Direito, o qual confere direitos aos cidadãos, direitos estes que devem ser reconhecidos pelo Estado-Administração Pública e pela sociedade civil, quando preenchidos seus requisitos necessários. A ideia de via primária para a solução de conflitos sobrecarrega o Judiciário de processos.²⁸⁹

A mediação judicial não pode ser ela mesma um filtro ilegítimo de acesso do cidadão à porta do processo judicial, como também não deve colaborar para a

288 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, jan/mar 1992. P. 134.

289 "A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio (NOZICK, 1994), faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais (TARUFFO, 2007, p. 1067)". Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça?* [20--]. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>. Acesso em 08/10/2013.

judicialização excessiva dos conflitos. A porta de entrada da mediação deve permitir a livre circulação do jurisdicionado, de modo que o instrumento seja manejado conforme a natureza do conflito, ou seja, sem permitir o uso indiscriminado da máquina judiciária pela mediação judicial.

Assim sendo, cabe ao Judiciário estabelecer os critérios de competência da mediação judicial, de modo que o exercício desse instrumento proporcione um resultado eficiente e não seja utilizado como uma promessa de celeridade do processo. Esse entendimento encontra amparo na releitura do acesso à justiça, a qual permite uma atuação racional do Judiciário, podendo ser aplicada tanto na análise das condições da ação, como no ingresso pela via da mediação judicial. Se a mediação tem como fundamento a autonomia do indivíduo, não é cabível que o Judiciário ocupe o papel da mediação privada, assumindo a função de mediador.

Se o Estado pretende fomentar a cultura do consenso, visando aliviar a carga de trabalho do Judiciário e fortalecer a cidadania pela autonomia do indivíduo, deve deixar de assumir um papel paternalista para deixar de influir nas relações privadas, quando for desnecessário. Para o cidadão, a vantagem da solução do conflito pela mediação privada está na informalidade e na celeridade do “processo”; na maior confidencialidade do objeto; mais disposição no cumprimento do acordo, tendo em vista que a ausência da figura pública significa predisposição para a solução da lide e não temor reverencial diante do funcionário público, dentre outras vantagens.

Ademais, o verdadeiro ativismo judicial, no sentido de restabelecimento de um Judiciário fortalecido e atuante, configura-se na eficiência da tutela prestada, não se resumindo à recepção generalizada de demanda, algo utópico que os demais Poderes já se abdicaram de assumir, pautando-se o Executivo, por exemplo, na subsidiariedade da atividade estatal e devolvendo à sociedade o comando da atividade econômica.²⁹⁰ O redesenho da função judicial deve buscar um equilíbrio entre a independência do magistrado, na função social que exerce na sociedade e

290 “Em paralelo e em decorrência do crescente acesso à Justiça dos megaconflitos, empolgando vastas coletividades e apresentando objeto indivisível, altera-se o papel e a conduta dos órgãos judiciais, dos quais se espera uma postura pró-ativa – o vero e prudente *ativismo judiciário* – afastando-se da clássica neutralidade e do distanciamento das crises metajurídicas, subjacentes às lides judiciais. Causaria espécie que a Constituição Federal, tendo recepcionado o ideário de democracia participativa, pela qual todos são chamados a zelar pelo bem comum, deixasse de fora o Poder Judiciário, assim relegando-o a um mero recebedor das queixas gerais, reduzido a um espectador dos acontecimentos e das grandes transformações sociais (...)”. MACUSO. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. Op. cit. P. 102.

no fortalecimento da cidadania. Se o Poder Judiciário é também socialmente responsável pelo desenvolvimento da sociedade, cabe refletir a forma como se exerce o poder. É notório, todavia, que não é a conduta paternalista desse Poder, tendo como uma das características a recepção de qualquer espécie de conflito, um fator para o fortalecimento de uma sociedade. Pode-se citar que antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004 o STF tinha o potencial de julgar todas as ações propostas no país, que possuíam como objeto desde briga entre vizinhos até questões da mais alta relevância, seja para a política-econômica, seja para o resguardo dos princípios fundamentais, que muitas vezes poderiam não ser julgadas em tempo razoável, perecendo um interesse ou um direito de grande relevância social, jurídica, econômica ou política.

Rodolfo de Camargo Mancuso entende que o Judiciário hoje deve estar preocupado com a qualidade dos seus julgados, que não se limita em “dizer o Direito”, mas em efetivamente oferecer uma prestação útil. A qualidade da tutela é mais relevante para a sociedade do que a prestação mecanizada do serviço. Todavia, o agigantamento do Judiciário não permite o efetivo acesso à justiça.²⁹¹

Segundo o autor, a polêmica acerca do nascimento do direito subjetivo, se a partir da lei ou da sentença, termina com o surgimento da ideia dos três pilares da ciência processual: jurisdição, ação e processo, que hoje são concebidos do seguinte modo: “(i) a função de prevenir e/ou de compor controvérsias com justiça (e não necessariamente mediante a estrutura estatal); (ii) o direito subjetivo público, abstrato, autônomo e condicionado, de pleitear um dado provimento jurisdicional num caso concreto; (iii) a relação jurídica de direito público, sujeita a pressupostos específicos – operando como continente – distinta da relação de direito material que lhe serve de conteúdo – o objeto litigioso”.²⁹²

Sendo assim, quando o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, deve-se fazer uma leitura cautelosa do princípio, de modo que o Judiciário não conclua precipitadamente de que haveria o dever de julgar todas as demandas propostas, sob pena de inviabilizar o pleno exercício da função judicial. Além disso, a apreciação do conflito pelo Poder Judiciário não significa que o mesmo deva ser

291 *Idem*. P. 116.

292 *Idem*. P. 121.

solucionado por um magistrado, vide a política pública estabelecida pelo CNJ de institucionalizar a mediação mediante a criação da carreira de mediadores.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição não é fundamento para engessar o Judiciário, pelo contrário, cabe a este Poder buscar meios de solução de conflito que promova a paz social, das mais diversas formas, seja pela valorização do processo coletivo, da cognição sumária ou da mediação; enfim, o acesso à justiça clama pela modernização da função judicial, observando sempre os princípios constitucionais processuais, como o contraditório e a ampla defesa.²⁹³

Cabe ao Judiciário estimular outros meios de solução de conflito, deixando de adotar uma postura centralizadora dos litígios, que se reflete, inclusive, na jurisprudência.²⁹⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso salienta que a discussão e as

293 “O modelo *conflitual* de jurisdição (*Tício versus Caio*), de corte retropectivo, retributivo, calcado numa lógica de *soma zero*, informada pela polaridade do certo/errado que converte as partes em vencedor e vencido, não mais se adapta às necessidades da sociedade contemporânea, onde a complexidade das relações sociais pede um outro tipo de abordagem das controvérsias, de índole consensual, e por isso mesmo, menos impactante e capaz de preservar a continuidade das relações interpessoais”. MANCUSO. *Op. cit.* P. 142.

294 O Judiciário recepciona quase todos os conflitos provenientes do Executivo sem que este Poder utilize-se de mecanismos próprios para tentar solucionar as lides com os administrados. Mediante essa postura receptora, o Executivo não é estimulado a solucionar seus conflitos, permitindo o acesso ao direito como primeira via. Como exceção a essa postura, o Superior Tribunal de Justiça não vem permitindo a propositura de ação em face do INSS, cujo objeto refira-se a previdência ou assistência social, quando não há o prévio requerimento administrativo. “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.

1. Hipótese em que, na origem, o segurado postulou ação com o escopo de obter benefício previdenciário sem ter requerido administrativamente o objeto de sua pretensão.

2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.

3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. **A necessidade da prestação jurisdicional exige demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, mormente em casos de direitos potestativos, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.**

4. **Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.**

5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.

6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme as Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.

7. Agravo Regimental provido. (AgRg no AREsp 152.247/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 08/02/2013)”. Disponível no endereço eletrônico: www.stj.gov.br. Acesso em

reformas circunscritas somente no Poder Judiciário desviam a atenção para as causas da crise do Estado e crise também da própria sociedade, esta marcada pela baixa emancipação social, conforme alega Boaventura de Sousa Santos:

A segunda tensão dialéctica ocorre entre o Estado e a sociedade civil. O Estado moderno, não obstante apresentar-se como um Estado minimalista, é, potencialmente, um Estado maximalista, pois a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, autorreproduz-se através de leis e regulações que dimanam do Estado e para as quais não parecem existir limites, desde que as regras democráticas da produção de leis sejam respeitadas. Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos.²⁹⁵

Logo, a solução para a crise, se isso for possível, não deve ser trabalhada somente no âmbito do Judiciário, mas também nos outros Poderes e no seio da sociedade, para que surjam novas vias de solução de conflito, hoje concentradas naquele primeiro órgão estatal.²⁹⁶

A função judicial seria um dos meios de solução, integrado ao sistema pluriprocessual, conforme explanação abaixo. A função judicial deve ser residual, atuando o órgão estatal como última via de solução de conflito. Pela análise detida das condições da ação, o Judiciário poderá aferir se há o interesse de agir na

26/06/2014. Segundo notícia extraída do site www.agu.gov.br, trata-se de um entendimento defendido pela Advocacia-Geral da União. “A Advocacia-Geral da União (AGU) assegurou, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a necessidade de o segurado solicitar um benefício previdenciário administrativamente nas agências do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) antes de ingressar com uma demanda judicial com o mesmo pedido.

O caso estava sendo discutido em um processo, no qual um segurado pediu diretamente ao Poder Judiciário, sem que tivesse pleiteado seu suposto direito perante a autarquia. Ele alegava que era desnecessário o pedido administrativo, como condição para propor ação judicial com a mesma pretensão (...).” Caberia analisar estatisticamente a relação dos pedidos negados administrativamente com o resultado das ações propostas no Judiciário.

295 SANTOS, Boaventura Sousa. *As tensões da modernidade*. Fórum Social Mundial. Disponível no endereço eletrônico www.susepe.rs.gov.br. Acesso em 28/01/2014. P. 19.

296 “Trata-se da luta pela gradual mudança do vetusto ambiente judiciário do país, a ser encarada em duas frentes: (i) uma política judiciária de *informação ao jurisdicionado* (...); (ii) a conscientização geral de que o citado *princípio da proteção judiciária* não é de ser visto como uma camisa-de-força a revestir necessariamente toda lide tornada impossível suasoriamente, mas antes significa uma mensagem ao legislador, *in abstracto*, ao juiz e ao administrador público, *in concreto*, para que se eximam de subtrair causas à apreciação da Justiça (...)”. MANCUSO. *Op. cit.* P.153.

propositura da demanda, considerando se o autor tentou solucionar a lide antes de ingressar em juízo.²⁹⁷

Por isso, hoje se propugna um *sistema pluriprocessual* de resolução de controvérsias, concebido como o 'ordenamento processual formado por um espectro de processos que compreende o processo judicial e a mediação, entre outros. O sistema pluriprocessual tem por escopo disponibilizar processos com características específicas que sejam adequados às particularidades do caso concreto, permitindo assim que se reduzam as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputa".²⁹⁸

Nos Estados Unidos, o sistema pluriprocessual é denominado de "Tribunais multiportas" ou "*multi-doors Courthouses*", em que os jurisdicionados são informados acerca do meio mais adequado de solução de conflito para o seu caso concreto, que pode ser um instrumento privado que funcione dentro do próprio Poder Judiciário "vocacionadas a recepcionar, equacionar e resolver a situação conflituosa *como um todo*, e não apenas em sua faceta estritamente jurídica".²⁹⁹

O processo judicial não deve ser considerado o principal meio de solução de litígio, sendo um dos novos papéis do juiz gerenciar o conflito de maneira a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado, em que será aplicada a melhor técnica para a lide. A existência de um único meio de solução de controvérsia, e, por conseguinte, a sua morosidade propícia no descumprimento do direito por parte daquele que enxerga vantagem na burocracia estatal.³⁰⁰

Trata-se aí de uma política que vimos chamando ufanista e irrealista: primeiro, porque, a resposta judiciária não deve ser alinhada às demais prestações *primárias* do Estado (segurança da população, educação fundamental, saúde pública) – até porque a função judicial tem caráter

297 "Essa proposta guarda sintonia com a acepção mais exata do interesse de agir (CPC, art. 3º), a saber, a necessidade – utilidade do processo judicial, comportando inferir, *contrario sensu*, que se a controvérsia pode ser dirimida alhures, entre os próprios interessados, fora e além da estrutura judicial do Estado, em verdade *não se justifica* a propositura da ação judicial. De todo modo, impende que um certo interstício temporal seja para tal respeitado, em ordem a uma possível solução consensual da controvérsia". *Idem*. P. 185.

298 *Idem*. P. 144.

299 *Idem*. P. 145.

300 "É comum ouvir acerca do descrédito no Poder Judiciário e sobre casos de injustiça patente, a ponto de banalizar-se e crer-se tal fato como irremediável e normal. Tal situação gera um descontrole e cria maior zona de conflitos, quando muitos se aproveitam dessa morosidade para descumprir as leis, desrespeitar contratos e não cumprir deveres e obrigações, criando um ciclo vicioso no qual, quanto maior a duração do processo pelo seu excessivo número, em mais casos é o Judiciário obrigada a intervir. Entendemos que a jurisdição civil deva ficar reservada a casos extremamente necessários e nos quais a solução dependa da chancela, supervisão ou decisão estatal. A chamada jurisdição voluntária deve ser revista, assim como situações em que é injustificável a intervenção estatal, privilegiando-se as formas de solução de conflito alternativas (câmaras de conciliação, arbitragem, juizados cíveis especializados etc.)". HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp 23-24. APUD: *Idem*. P. 150.

substitutivo –, de modo que não pode a Justiça estatal ser meramente ofertada sob um padrão genérico e prodigalizado, o que ao fim e ao cabo leva a banalizá-la, como se fora um serviço prontamente acessível a quem quer que pague uma determinada taxa, tal como a que remunera o acesso à rede de água e esgotos ou à coleta de resíduos urbanos.³⁰¹

A desjudicialização dos conflitos pode significar um desfecho mais adequado, mais célere e menos custoso. Por outro lado, a proposta de ação judicial sem a comprovação de tentativa de solução da lide, seja pela autotutela unilateral (renúncia, desistência etc.), seja pela composição bilateral, torna a prestação da tutela jurisdicional morosa, algumas vezes de baixa qualidade na tentativa de acelerar o trâmite processual, deixando o Estado de oferecer o acesso à justiça no seu sentido mais moderno.³⁰²

A relevância da mediação judicial está na forma diferenciada de solução de conflito, baseada na comunicação direta entre as partes com a colaboração de um mediador, visando atingir um grau de cooperação mínimo para que o conflito seja extinto, amenizado ou gerido.³⁰³ Logo, como sua técnica não está relacionada com a do processo judicial, não se pode afirmar que haverá uma redução no tempo de solução. Caso seja imposta uma pressão sobre as partes ou sobre o mediador, em nada adiantará a institucionalização da mediação, uma vez que o sucesso desse instrumento depende do respeito ao tempo das partes para obterem o acordo. Um dos principais motivos para o insucesso da conciliação judicial está no seu modo de condução, que se limita a uma simples proposta de acordo na audiência preliminar, sem a vontade de restabelecer a comunicação entre as partes, o que dificulta a discussão em torno do acordo.

301 MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Op. cit. P. 249.

302 “Não se vislumbra razão técnica ou política para que um processo, só por ter sido um dia instaurado, deva, necessariamente, culminar com uma decisão de mérito; ao contrário, o próprio sistema incentiva a composição endoprocessual (CPC, arts. 125, IV; 331 e §1º; 447-449) e permite a suspensão consensual do processo, em contemplação de possível autocomposição (CPC, art. 265, II). Em segundo lugar, não se deve descurar que o que realmente importa não é o ‘processo enquanto tal’ e sim o objetivo fundamental, que é a *composição justa do conflito*: se isso pode ser alcançado em menor tempo, a baixo custo, e com menor desgaste para os envolvidos, não se vê por que se há de insistir, obstinadamente, na busca *proustiana* por uma decisão de mérito”. MANCUSO. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. Op. cit. P. 198.

303 “O aqodamento na propositura de ações judiciais, além de dar azo à utilização dessa via para alcançar objetivos escusos e subalternos, ainda permite que, não raro, o ajuizamento se dê antes que a controvérsia tenha alcançado ponto razoável de maturação e de definição, o que só se consegue após um interstício de decantação do conflito nas tentativas de resolução consensual”. *Idem*. P. 172.

Ao invés disso, o objeto da mediação é potencialmente mais abrangente em relação ao do processo judicial, uma vez que, neste, o juiz deve se limitar a julgar somente os fatos narrados para atender somente ao pedido realizado, salvo com a ampliação posterior do objeto, nos termos da lei (art. 264 do CPC).

Além do uso de condições indispensáveis para o manejo da mediação judicial, o Estado deve colocar em pauta reformas processuais que atendam a sociedade moderna, de modo a aparelhar o Judiciário de meios adequados para a solução das lides.

O professor Leonardo Greco³⁰⁴ enumera algumas propostas, como o desenvolvimento e aprimoramento da tutela coletiva, a privatização dos atos de comunicação, a desjurisdicionalização de procedimentos especiais, a especialização da competência no âmbito da fase de execução, dentre outras que não podem ser ignoradas sob pena de o Judiciário persistir como órgão anacrônico diante da acelerada transformação social. Portanto, concomitantemente à implementação da mediação judicial, cabe ao Estado implementar outras medidas capazes de desenvolver o Judiciário de uma forma que o torne acessível sem prejuízo da efetiva tutela jurisdicional.

Algumas reformas já foram implementadas, como a penhora *on line* mediante convênio com o Banco Central; o rito do Juizado Especial (Lei nº 9.099/95 e 10.259/2001); a possibilidade de conciliação em várias fases do processo (arts. 278, 331 e 448); o julgamento pelo Tribunal da demanda julgada extinta sem exame do mérito e sem o crivo da 1ª instância (art. 515, §3º do CPC); e a separação consensual e inventários realizados pelos Tabelionatos quando não houver herdeiro menor ou incapazes (arts. 982, 1.031, 1124-A do CPC).

Ao tratar da implementação da mediação judicial como pressuposto para um Estado Democrático, Nancy A. Welsh afirma que, na realidade, não há nos Estados Unidos uma preocupação com a solução do conflito pelas próprias partes, ou seja, com o desenvolvimento de um processo cooperativo, mas tão somente com fim da lide pela mediação, inclusive com o uso de técnicas de persuasão e não de facilitação da comunicação.

304 GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. P. 197-224.

When parties failed to make significant voluntary use of mediation, courts made the process mandatory. Thus, citizens lost the ability to decide for themselves whether or not to try mediation. As attorneys have become more frequent participants mediation sessions and have assumed responsibility for selecting mediators, the process has become less focused on empowering citizens and more focused on forcing these citizens to confront and become reconciled to the legal, bargaining and transactional norms of the courthouse.³⁰⁵

Logo, a mediação nesse caso trata-se de um mecanismo de filtro ilegítimo de acesso ao processo adjudicatório.

No mesmo sentido, Judith Resnik entende que o movimento pela conciliação organizado pelo Estado, sem o paralelo desenvolvimento do processo adjudicatório, significa uma maneira sutil, porém autoritária, de dizer ao cidadão que ou soluciona seu conflito pelos meios consensuais ou então estará fadado a percorrer um longo trâmite judicial para obter a tutela do seu direito.

One explanation of why discontent with adjudication has begun to put it into eclipse can be put simply: backlash. Under this analysis, the increase in access to adjudication had an enormous effect, and those who felt its power did not like it. (...) Repeat players, with the ability and resources, and now with the personnel in Congress and in the federal courts, have been able to limit adjudication because it has proved so effective in curbing those groups prerogatives.³⁰⁶

Da mesma forma, Michele Taruffo, ao tratar da relação entre processo e cultura, lamenta que os meios alternativos tenham sido implementados e incentivados sobremaneira na Itália, sem a concomitante reforma processual, voltada para o desenvolvimento do sistema jurisdicional italiano, assim como ocorreu na Alemanha e na França.

Anche in Italia è però giunta, in questi ultimi anni, la moda dell'ADR. In parte si tratta di un fenomeno di mera imitazione culturale dei modelli nordamericani, scoperti con qualche decennio di ritardo rispetto al momento della loro miglior fortuna. In parte, e questo è l'aspetto più rilevante, ciò deriva dall'incapacità del legislatore – di cui si è già discusso – di apprestare strumenti rapidi ed efficaci di tutela giurisdizionale, e di governare il carico di lavoro – spesso eccessivo – dei tribunali. Ne deriva che in questi ultimi anni il legislatore va tentando in tutti i modi di indurre i cittadini a servirsi dei metodi alternativi (soprattutto la conciliazione, ma anche l'arbitrato) e ad evitare di rivolgersi alla giustizia ordinaria. Non è possibile entrare qui nei dettagli di questo fenomeno, ma è chiaro il messaggio che il legislatore sta inviando ai cittadini: "poiché il processo è lento ed inefficiente, e non si riesce a

305 Cf. WELSH, Nancy. The place of Court-connected mediation in a Democratic Justice System. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 5, p.117-144, 2004. P. 124.

306 RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, v. 58, n. 173, p. 173-200, 2003. Disponível no endereço eletrônico: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1761&context=fss_papers. Acesso em 11/10/2013.

migliorare la situazione, cercate di risolvere le vostre controversie fuori dalle aule di giustizia.³⁰⁷

Trata-se de um alerta para que o Judiciário brasileiro não utilize a mediação como um obstáculo para o processo judicial, de maneira que inviabilize a solução do conflito por meio da prolação de uma sentença. Essa medida não contribui para a solução adequada e pode ser também apenas um fator de dificuldade para o acesso aos tribunais, que não irá impactar na redução dos litígios, tendo em vista que, se não há disposição das partes em resolver a lide pelo meio consensual, a mediação será transformada apenas em uma fase do processo. A conscientização da existência de mais de um instrumento de solução de conflito ocorre em paralelo ao fortalecimento da cidadania e da democracia, que é um processo lento e natural de um povo. Os meios de solução de conflito não devem ser compelidos, considerando a tendência atual de se propor ação judicial, mas apenas ofertados.

Com base no entendimento de que o art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, não prevê o monopólio da justiça estatal, isto é, na medida em que reconhece a jurisdição em outras esferas de Poder, como na Administração Pública, ou em instrumentos privados de solução de conflito, vislumbramos a possibilidade de elaboração de critérios objetivos de filtragem dos conflitos para que uma lide seja conduzida à mediação judicial. Com isso evita-se que esse instrumento de solução não se torne a panaceia para o demandismo, não ao processo judicial, mas a um mecanismo judicial pré-processual ou incidental de solução de conflito, que da mesma forma se utiliza do aparelho judiciário e da disponibilidade do erário para o adequado funcionamento. Além disso, com a previsão de condições preestabelecidas, a mediação judicial não será utilizada como uma válvula de escape para a celeridade processual, uma vez que existem condicionantes legítimas que preveem o gênero dos conflitos e as situações que podem ser tratadas na mediação.

Também não pode deixar de ser ressaltado que o acesso desordenado e irracional à mediação judicial pode significar um atraso ao desenvolvimento dos meios privados de solução de conflito. Caso o Estado não estabeleça critérios legítimos de ingresso no Judiciário pela porta da mediação, como ocorre no processo judicial em que a parte autora deve demonstrar a observância das

307 TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 63, n. 1, p. 63-91, marzo 2009. P. 86-87.

condições da ação, o cidadão brasileiro já receoso e indisposto com os meios privados de solução de conflito em razão da existência evidente de uma cultura do demandismo judicial, continuará a buscar no Judiciário a solução para seus conflitos, como se o Estado-juiz fosse um “guichê geral de reclamações”³⁰⁸.

Como a função jurisdicional do Estado possui caráter subsidiário, mesmo em se tratando da mediação judicial, em razão da existência de meios privados de solução de conflito, devendo o Estado-juiz atuar somente em última *ratio*, cabe ao jurisdicionado demonstrar a sua atuação legítima como requisito para o direito ao exercício da jurisdição.

A atuação subsidiária do Judiciário pode ser realizada pela efetiva análise das condições da ação, aferindo se a função judicial é fundamental para a solução do litígio ou se outros mecanismos podem ser mais úteis para o deslinde da controvérsia. Ao mesmo tempo em que se resguarda a tutela jurisdicional para os casos que podem ser solucionados pelo Estado-juiz, também se garante uma ampliação do acesso à justiça, não pela quantidade de processos que tramitam no Judiciário, mas pela efetiva tutela jurisdicional que se passa a prestar a partir da racionalização da atuação judicial.³⁰⁹

Ademais, diante da potencial ineficácia da prolação de uma futura decisão judicial, cabe ao Judiciário priorizar a mediação como meio de solução de conflito, orientando as partes a optarem pelo mecanismo mais célere e mais adequado para o caso concreto. Essa postura mais ativa do juiz está em consonância com o processo cooperativo, interpretação mais atual do princípio do contraditório.

A releitura do princípio da inafastabilidade não restringe a matéria que poderá ser julgada pelo Judiciário, mas inverte a ordem de prioridade, realocando o órgão estatal para o último degrau do acesso ao direito, para que haja a tentativa de sua observância no seio da sociedade. Conferindo prioridade aos meios consensuais, não estará o Judiciário deixando de proteger o jurisdicionado de possíveis violações, pois, como lembrado por Rodolfo de Camargo Mancuso, “o próprio sistema estabelece *pontes* entre as instâncias parajurisdicionais e a justiça estatal, de que

308 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Op. cit.* P. 247.

309 Em resposta ao argumento contrário ao fim do monopólio da jurisdição pelo Judiciário em razão da previsão de garantias constitucionais, como a independência e a vitaliciedade, basta afirmar que se trata apenas de uma questão de extensão dessas garantias e de previsão de mecanismos que resguardem o órgão jurisdicional de ambiente propício a uma atuação imparcial.

são exemplos: ‘o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente’, que assim se torna título executivo judicial (CPC, art. 475-N, V); o ‘instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores’ (CPC, art. 585, II); (...).³¹⁰

Enfim, para o alcance do mais pleno acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição não deve significar que o Judiciário detém o monopólio da solução dos conflitos. Essa ideia encontra-se superada em decorrência da notória incapacidade do Estado-juiz solucionar toda a espécie de lide, tanto no aspecto qualitativo quanto na questão do tempo. A superação do monopólio estatal da justiça encerra com a oferta primária do serviço judicial, devendo o Judiciário ocupar um papel subsidiário, funcionando como cláusula de reserva, na hipótese de fracasso na tentativa de solução em instâncias paraestatais.

3 MEDIAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

No presente capítulo será estudada a instituição da mediação no âmbito da Comunidade Europeia, e mais especificamente, na Itália, visto que foi o Estado italiano que fortemente regulamentou esse método de solução de conflito. O presente estudo comparado poderá contribuir para o aprimoramento do instrumento no Brasil, mesmo com a polêmica introdução da mediação obrigatória.

Este capítulo, sobre o desenvolvimento da mediação na União Europeia e na Itália, serve como base de comparação entre os sistemas. Debates no cenário europeu, como os referentes à mediação obrigatória, podem ser úteis para o sistema brasileiro, que vive a experiência atual da regulamentação da mediação.

3.1 Diretiva 2008/52/CE

Métodos alternativos de solução de conflito vêm sendo aplicados em vários países há mais de 30 anos por variadas razões, sendo que, especificamente na

310 MANCUSO. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. Op. cit. P. 199.

União Europeia, o debate a respeito desses meios de solução de litígio foi fomentado em razão dos custos do processo, somado à morosidade da prestação da tutela jurisdicional e à dificuldade em resolver conflitos transnacionais, como observa o recente estudo elaborado pelo Parlamento Europeu.³¹¹

Antes da elaboração da Diretiva nº 52/2008 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, os meios alternativos eram apenas encorajados pela legislação dos Estados Membros, mas não eram regulamentados, o que dificultava o avanço dos instrumentos. Visando o espraiamento da mediação dentre os países da União Europeia, o Conselho Europeu, em 1999, esforçou-se para mudar essa condição de mero encorajamento da mediação³¹², tendo sido, após a realização de estudos, elaborada a Diretiva mencionada.³¹³

A Diretiva nº 52/2008 estabeleceu uma política pública de valorização da mediação como forma de garantia do acesso à justiça mediante a instituição pelos Estados membros de institutos processuais extrajudiciais e alternativos de solução de litígio, como, também, um política de cooperação judiciária, visando a segurança do mercado regional, sem prejuízo dos sistemas nacionais de mediação.³¹⁴ A Diretiva mencionada decorre da recomendação prescrita no Livro Verde da

311 EUROPEAN PARLIAMENT. *'Rebooting' the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. Brussels: European Union, 2014. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). Acesso em 07/04/2014. P. 12.

312 "The October 1999 European Council of Tampere foreshadowed a significant effort to change its 'laissez-faire' approach, when it called for the creation of alternative extrajudicial dispute resolution procedures by the Member States". In: *Idem*.

313 "Durante o ano de 2002 a Comissão Europeia, a convite do Conselho de Ministros da Justiça e dos Assuntos Internos, apresentou um Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial que não a arbitragem. Este Livro Verde permitiu estabelecer o ponto da situação a nível europeu e lançou uma vasta consulta com vista à preparação das medidas concretas a tomar, atribuindo-se a prioridade à possibilidade de estabelecer princípios fundamentais que dêem as garantias necessárias para que a resolução dos litígios em instâncias extrajudiciais proporcione o nível de confiança necessário à administração da justiça." Direcção-Geral da Política de Justiça. [2013?]. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.dgpj.mj.pt/>. Acesso em 09/04/2014.

314 "Art. 1. 1 *La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.*" Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu. Legislação cedida pelo professor Humberto Dalla. Destaca-se que a mediação, objeto da Diretiva, exclui os acordos realizados no âmbito do processo judicial, salvo se o juiz compuser a lide em organismo diverso. Trata-se, assim, da mediação extrajudicial (art. 3º, a).

Mediação, cuja análise averiguou o interesse dos Estados membros e demais partes interessadas em implementar a mediação como meio de solução de litígio.

Cabe ressaltar que, apesar da Diretiva nº 52/2008 aplicar-se às mediações transnacionais (*cross-border disputes*³¹⁵), o artigo 5º dispõe que é possível o Estado membro prever a mediação interna, mesmo a mediação obrigatória, como também a regulamentação de incentivos e sanções a fim de promoção do instrumento.³¹⁶ No entanto, a Diretiva não se aplica a questões tributárias, aduaneiras e administrativas, ou quando se tratar de responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão de natureza indisponível (art. 1º, 2.). No art. 5º. 2., a Diretiva determina que nada impede de a legislação interna do Estado membro prever a mediação obrigatória, caso não seja um impeditivo do exercício do acesso ao Poder Judiciário.

Outrossim, a Diretiva estabelece que as normas nela previstas não se aplicam aos direitos indisponíveis, destacando que tais direitos estão presentes com frequência no direito de família e no direito do trabalho.

Nesse aspecto, observamos que a mediação tem como escopo o tratamento do conflito e o restabelecimento da relação entre as partes, o que nos indaga acerca da possibilidade do envolvimento de direitos indisponíveis na mediação, uma vez que as partes podem não realizar um acordo propriamente dito, mas estabelecer um meio de aproximação e não rompimento de uma relação, sem a violação de direitos fundamentais. No Brasil, por exemplo, é frequente o ajuste de interesses entre as partes em matéria trabalhista, havendo, inclusive uma Comissão de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho com a competência para compor litígios dessa natureza, conforme previsto no art. 625-D, da CLT.³¹⁷

315“(8) *Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.*” Direttiva 2008/52/CE.

316“Art. 5, 2. *La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.*”.Direttiva 2008/52/CE.

317CLT. “Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.”

“Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no processo referente às Adins 2139 e 2160, concedeu a liminar para suspender a eficácia da norma do art. 625-D, da CLT, sob o fundamento de violação ao acesso à justiça, se

Além disso, a Diretiva em comento não se aplica às tratativas pré-contratuais nem aos procedimentos de natureza arbitral (nº 11 da diretiva).

A política pública estabelecida pelo Parlamento Europeu intenta investir o magistrado de poderes de gerenciamento do processo, no sentido de conduzir as partes a participarem de uma sessão de mediação para dirimir a controvérsia, ou, então, de uma sessão informativa acerca desse mecanismo.

A fim de que a mediação seja um instrumento eficaz de solução de conflito, o Poder Judiciário deve garantir a execução dos acordos, de modo que a sua implementação não dependa exclusivamente da boa vontade das partes. No entanto, o Estado membro pode refutar o cumprimento do acordo caso os seus termos forem contrários à ordem pública, inclusive ao direito internacional privado, ou se não há previsão legal acerca da possibilidade de execução do acordo em questão.

Em setembro de 2011, o Parlamento Europeu emitiu a Resolução nº 13/2011, concernente à aplicação da Diretiva nos Estados membros e seu impacto na mediação, concluindo pela necessidade de maior sensibilização e compreensão da mediação, de incentivo à educação e aplicação no meio empresarial, alertando-se acerca das vantagens da mediação, no que diz respeito ao custo-benefício. Também foram abordados os requisitos para o acesso à profissão de mediador, “de forma a promover melhor qualidade da mediação e garantir padrões elevados de formação profissional e acreditação em toda a União”, dentre outras questões enunciadas na Resolução.³¹⁸

De acordo com o recente estudo elaborado pelo Parlamento, a Resolução nº 13/2011 já refletia uma preocupação com o baixo impacto da Diretiva nos Estados membros. Considerando que até o momento as estatísticas de mediações realizadas não se modificaram de forma expressiva, não há como argumentar que se trata de uma questão de tempo para que a Diretiva seja implementada pelos países. O Parlamento reconhece que há necessidade de outras medidas para que a mediação seja um meio de solução de litígio mais difundido nos países, como a realização de

interpretada como sendo a participação na Comissão de Conciliação Prévia uma condição de admissibilidade para a ação trabalhista.

318 Resolução nº 13/2011. Disponível no endereço eletrônico:

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT#def_1_1. Acesso em 07/04/2014.

políticas públicas promocionais e a previsão da mediação obrigatória nas legislações nacionais, como ocorre na Itália.

A metodologia empregada no estudo foi de três ordens: primeiro foram analisadas as legislações de 11 Estados membros (Áustria, Bulgária, França, Alemanha, Grécia, Itália, Holanda, Polônia, Romênia, Eslovênia e Reino Unido) sob alguns aspectos, como o grau de regulação da mediação; depois foi estudada a legislação dos demais 17 membros sob um enfoque diverso; também foram elaborados questionários para se obter o entendimento de *experts* em mediação dos países membros. Os questionários citados ficaram disponíveis num endereço eletrônico por três semanas, sendo depois as respostas analisadas por um grupo organizado pelo professor Giuseppe de Palo. Compilando os dados obtidos, foi possível o Parlamento conhecer a legislação dos Estados membros e também o impacto que poderão ter algumas medidas a serem implementadas pelo órgão.

O Parlamento Europeu denominou de EU Civil and Commercial Mediation Paradox a fraca expansão da mediação nos países membros, apesar de o instrumento ser considerado um meio bem-sucedido de solução de litígio.

Visando obter dados acerca dos motivos para o paradoxo mencionado acima, o grupo de pesquisa comandado pelo professor Giuseppe de Palo realizou uma pesquisa junto aos *experts* em mediação, revelando-se a Itália o país com maior estimativa de mediações realizadas, ao lado da Alemanha, da Holanda e do Reino Unido, em razão da longa tradição em mediação nestes países, e na Itália devido à regulamentação do instrumento mediante reformas legislativas, e segundo conclusão do grupo de estudo, principalmente em decorrência da previsão da mediação obrigatória.³¹⁹

Ressalta-se que o trabalho aferiu somente a realização do processo de mediação, mas não há uma pesquisa com relação ao resultado da mediação, ou seja, se as partes compelidas a participarem da mediação conseguem obter um acordo entre si.

Contudo, as estatísticas oficiais da Alemanha, Holanda e Reino Unido não foram confirmadas no questionário feito aos *experts*, tendo sido informado que nestes países ocorre menos de 10.000 mediações por ano. Diversamente, os

319 De acordo com a pesquisa, 67% dos países membros têm menos de 2.000 mediações por ano.

experts na Itália responderam que a realização de mediações é superior aos dados oficiais, superando 200.000 mediações em 2012.³²⁰

Segue abaixo tabela extraída do texto ‘Rebooting’ the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU.³²¹

Number of mediat	Countries	Nr. of countri	% of countri
More than 10.000	Germany, Italy .Netherlands.	4	14%
Between 5.000 and 10000	Hungary, Poland	2	7%
Between 2.000 and 5000	Belgium, France, Slovenia	3	11%
Between 500 and 2000	Austria, Denmark, Ireland , Romania Slovakia, Spain	6	21%
Less than 500	Bulgaria, Croatia, Cypru s, Czech Rep., Estonia, Fin land, Greece, Latvia, Lith uania, Luxembourg, Malt a, Portugal Sweden	13	46%

O questionário também pesquisou a relação de custo e tempo da mediação na União Europeia, realizando-se uma comparação dessas referências com o processo judicial para os mesmos tipos de casos, utilizando-se a metodologia do Banco Mundial.³²² A pesquisa levou em conta duas diferentes hipóteses, primeiro quando os litigantes ingressam com uma ação judicial sem antes tentar solucionar a lide pela mediação. A segunda abordagem trata das partes que primeiro procuram solucionar mediante a mediação, e ao não obter um acordo, ingressam com uma ação judicial.

Conforme as respostas obtidas, a mediação reduz o tempo do processo significativamente quando esse instrumento de solução de litígio é utilizado antes do

320 Mesmo em países como Alemanha, Holanda, Reino Unido e Itália, com os mais altos índices de mediação, 95% do total das respostas afirmaram que ainda há um desequilíbrio expressivo entre a quantidade de mediação e de ação judicial. In: ‘Rebooting’. *Op. cit.* P. 121.

321 Disponível no endereço eletrônico:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). Acesso em 07/04/2014. P. 120.

322 A questão foi a seguinte: *Please estimate the time and the cost of a mediation process in your country, based on the following scenario adapted from the World Bank – Doing Business 2013.* In: *Idem.* P. 122.

ingresso da ação judicial, mesmo considerando níveis diferentes de acordo na fase da mediação.³²³ A pesquisa realizada também demonstrou uma redução no custo quando o conflito é tratado na mediação, em comparação ao processo judicial, sendo que, para este o custo foi calculado em 9.179 euros e 7.960,5 euros para a mediação.³²⁴

Com base nos dados, o grupo de pesquisa concluiu que o número de mediações é reduzido frente ao benefício que o processo oferece. Foi ressaltado também que os *experts* acreditam que mais mediações deveriam ocorrer em razão do custo-benefício que o mecanismo de solução de conflito proporciona.

Ademais, foi realizado o cálculo do tempo em cada país. Dentre os países em que mais são realizadas mediações (Alemanha, Holanda, Itália e Reino Unido), a Itália é o Estado onde a mediação leva mais tempo, em média 85 dias. Na Alemanha, por exemplo, a média é de 58 dias.

A pesquisa também teve como propósito averiguar se existe alguma correlação entre a regulamentação da mediação e a elevada ou a baixa ocorrência desse instrumento, tendo sido os *experts* questionados sobre a existência de previsão legal do encaminhamento das partes pelo juiz à mediação; da confidencialidade; da força executória do acordo; da existência de um sistema de registro de mediadores; e de incentivos econômicos às partes para participar de um processo de mediação.

Representantes de 18 Estados membros responderam que a confidencialidade está presente na maioria dos casos, e de nove países indicaram que a confidencialidade é garantida para todos os casos. Dentre os países em que é alta a estimativa de mediações, a confidencialidade é fortemente garantida na Itália, sendo prevista para todos os casos, como determina a Diretiva.

No que concerne ao encaminhamento à mediação pelo juiz, representantes de 14 Estados afirmaram que a Corte somente menciona uma possível indicação à mediação, de 12 Estados responderam que a Corte encoraja a mediação. De 28 países, representantes de dois Estados alegaram que o Judiciário realiza uma forte

323 O cálculo empregado na pesquisa, (tempo da mediação x média de sucesso) + (tempo do processo judicial x média de insucesso) + (tempo de mediação x média de insucesso) = dias, resultou nos seguintes números: 566 dias para o tempo levado somente no Judiciário na União Europeia; 326 dias para a hipótese de se procurar primeiro a mediação, levando-se em conta em média de 50% de sucesso de mediação; 212,8 dias, se a média de sucesso da mediação for em 70%. Em síntese, é mais vantajoso com relação ao tempo dispendido, procurar inicialmente a mediação, mesmo que o conflito seja depois objeto de ação judicial.

324 Ressalta-se que o cálculo utilizado foi o mesmo cálculo para a aferição do tempo.

aproximação do processo judicial com a mediação, sendo que um deles é a Itália. O grupo de pesquisa concluiu que nos países em que a indicação pelo Judiciário da mediação é inexpressiva, prepondera a baixa realização de mediação.³²⁵

Sobre a questão da força executória dos acordos, representantes de 20 Estados Membros responderam que os acordos são executáveis somente a partir da homologação do Judiciário. A legislação italiana, em contrapartida, confere executividade automática aos termos do acordo.

Dos dados analisados pelo grupo de pesquisa, concluiu-se que não há correlação significativa entre o tipo de credenciamento de mediadores e o número de mediações. Na Itália, por exemplo, o credenciamento é realizado com base em um estatuto, já na Holanda o credenciamento é realizado conforme padrões de mercado. Todavia, chamou a atenção na pesquisa a discrepância entre as respostas de um mesmo Estado membro, levando a crer que os *experts* não estão informados acerca de recentes mudanças na legislação ou que não haja uma política de capacitação desse mecanismo de solução de conflito.

Com relação à existência de incentivos econômicos às partes, 19 representantes dos Estados membros informaram que não há incentivo para se utilizar da mediação. Nove países responderam que há poucos incentivos, sendo que nenhum Estado membro respondeu que existe uma forte política de incentivo econômico. Foi observado que nos países em que há elevada ocorrência de mediação, como a Itália, grande parte dos representantes alegou que os incentivos são modestos.

Desse modo, o grupo de pesquisa entendeu que existe uma possibilidade de correlação entre a existência de incentivos econômicos às partes para o uso de mediação, e o número de mediações realizadas em um país.

Além do questionário citado acima, também foram indagados a respeito da existência de uma sessão preliminar de mediação no processo judicial para fornecer informações às partes a respeito das vantagens desse instrumento; da previsão de obrigatoriedade da mediação; de mediação *online*³²⁶; da obrigação de o advogado

325 "In addition, based on average answers, Member States which have under 500 annual mediations also have the lowest extent of referrals". In: '*Rebooting*'. *Op. cit.* P. 130.

326 A respeito da mediação *online*, metade dos Estados membros responderam que não há previsão dessa ferramenta, sendo que, para a outra metade que afirma existir tal opção, o meio digital é utilizado minimamente.

informar ao cliente sobre a existência de mediação como um mecanismo alternativo; e também foi solicitada uma avaliação acerca dos requisitos para se tornar um mediador.³²⁷

De acordo com as informações obtidas pelos *experts*, a sessão preliminar de mediação é prevista somente na Itália e, apenas, para alguns casos. Na Alemanha, na Holanda e no Reino Unido as sessões preliminares não são exigidas. O grupo de pesquisa sugeriu, a partir desses dados, que a previsão de obrigatoriedade para a sessão preliminar de mediação poderia contribuir para a elevação do número de mediações. Todavia, foi informado no estudo que não se trata de um entendimento conclusivo.

Quanto à previsão legal da obrigação das partes de participarem de um processo de mediação, representantes de 21 Estados Membros indicaram que não há previsão da mediação obrigatória em suas legislações. Em contrapartida, seis países possuem mediação obrigatória para alguns casos somente, sendo que a Itália é o único país que prevê a obrigatoriedade da mediação como condição de admissibilidade da ação judicial em mais de 20% dos casos. O grupo de pesquisa ressalta que, confrontando esses dados com as estatísticas oficiais de ocorrência de mediação na Itália, existe o indicativo de que a obrigatoriedade da mediação possui um efeito positivo.

A esse respeito, os dados obtidos no texto de Giovanni Matteucci sugerem uma outra perspectiva para a estatística de mediações realizadas, com relação à mediação obrigatória, vez que as mediações realizadas no âmbito das Câmaras de Comércio tiveram maior êxito em comparação com os demais organismos³²⁸. As Câmaras de Comércio – que desde 1993 adotam a técnica da mediação, com a colaboração da Universidade de Harvard – não preveem a mediação obrigatória em seu procedimento, e o mediador não formula proposta. Além disso, foram

327 Além do questionário mencionado, o grupo de pesquisa listou algumas medidas legislativas que poderiam ser implementadas pela União Europeia. O resultado desse questionário não será analisado por este trabalho, pois possui o objetivo de avaliar o impacto de algumas medidas nos Estados membros, não sendo esses dados úteis para o desenvolvimento do presente trabalho.

328 “*Il modello italiano, infatti, è imperniato sugli organismi di mediazione più che sui mediatori, che degli organismi sono semplici ausiliari. Gli organismi di mediazione, che possono essere enti pubblici o privati, operano in un mercato libero, ma controllato dallo Stato attraverso l’iscrizione in un registro tenuto presso il Ministero della giustizia*”. BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível no endereço eletrônico <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/la-mediazion-e-italiana-definizioni-e-tipologie>, ano 4, v. 6, jul./dez. 2010. P. 248.

estabelecidos incentivos econômicos para a participação no processo de mediação, como a isenção no imposto de registro quando realizado o acordo, independentemente do valor da controvérsia, caso contrário deverá ser pago um terço, contribuindo para o sucesso do instrumento.³²⁹

Altro dato da considerare: mediazioni per tipologia di organismo, dal 21.3.2011 al 31.12.2012,

tasso di successo:

- camere di commercio 49%
- organismi privati 46%
- ordini professionali non avvocati 36%
- ordini avvocati 34% .³³⁰

Outro dado fornecido por Giovanni Matteucci diz respeito ao resultado da mediação, de acordo com cada tipo de mediação, pesquisa pouco desenvolvida pelo grupo de trabalho do Parlamento Europeu, tendo em vista que considerou somente a quantidade de mediações iniciadas, sem analisar esmiuçadamente o resultado do processo de mediação.

*MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA³³¹
elaborazioni su dati del Ministero della Giustizia*

Dal 21 marzo 2011 al 31 dicembre 2012

Iscrizioni per materia risarcimento danni da circolaz. veicoli e natanti 20,5%
diritti reali 14,0%
locazione 11,0%
contratti bancari e finanziari 9,9%
contratti assicurativi 7,0%
risarcimento danni da responsabilità medica 6,1%
altro 31,5%

<i>Mediazione per tipologia</i>	<i>Sul totale</i>	<i>Tasso di successo</i>
<i>obbligatoria per legge</i>	<i>83,5%</i>	<i>43%</i>
<i>volontaria</i>	<i>13,3%</i>	<i>62%</i>
<i>demandata dal giudice</i>	<i>2,9%</i>	<i>29%</i>
<i>obbligatoria da contratto</i>	<i>0,3%</i>	<i>n.d.</i>

³²⁹“Nel 1993 presso tutte le Camere di commercio italiane furono istituite le Camere arbitrali e di conciliazione, rifacendosi –in genere – al método di risoluzione stragiudiziale delle controversie elaborato presso l’Università di Havard, basato sulla presenza di un terzo neutrale, che, gestendo la comunicazione tra le parti in lite, le aiutasse a raggiungere un loro accordo”. Segundo o autor, a mediação das Câmaras de Comércio e suas vantagens financeiras são populares. Como propulsores da popularidade da mediação, foram citados o programa televisivo *Forum*, que elaborou uma simulação de mediação, além da promoção de eventos sobre mediação em universidades, como ocorreu em Milão (Università degli Studi di Milano e Camera Arbitrale presso la CCIAA di Milano, ‘Prima competizione italiana di mediazione’). MATTEUCCI, Giovanni. *Mediazione civile e commerciale in Italia: obbligatoria o volontaria?*. [2013]. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.adrmaremma.it/matteucci26.pdf>. Acesso em 24/05/2014. P. 1-2, 4-5.

³³⁰Idem, p. 3.

³³¹Idem. P. 6.

No que se refere ao dever de o advogado informar ao cliente sobre a existência da mediação como uma opção de solução da lide, representantes de 19 países responderam que o advogado não possui qualquer dever. Apenas oito Estados membros preveem a obrigatoriedade da informação pelo advogado, sendo que a Itália possui uma regra legal que obriga o advogado a informar seus clientes, inclusive com previsão de sanções para o advogado, o que leva o grupo de pesquisa a concluir que o dever de informação é um fator relevante para ocorrência de mediação. Igualmente, na Alemanha, na Holanda e no Reino Unido os advogados possuem o dever de informar. Em oposição, na maioria dos países que possuem baixa ocorrência de mediação (menos de 500 mediações por ano), a legislação não prevê o dever de o advogado informar seus clientes.

Por último, a opinião dos *experts* dos Estados membros desdobrou-se pela metade, sendo que uns avaliaram como aceitáveis os requisitos mínimos necessários para se tornar mediador e os demais entenderam como insatisfatórios, sendo que, dessa metade, 13 julgaram como requisitos insuficientes, e representantes da Grécia conceberam os requisitos como excessivos. Interessante o resultado do questionário referente à Suécia, país que mantém uma quantidade elevada de mediadores voluntários, cujo sistema valoriza a autonomia das partes, sem a presença de um mediador invasivo e sem regulamentação. Apesar disso, muitos *experts* do país alegaram a necessidade de mais regulamentação da mediação. De fato, a Suécia apresentou baixo índice de mediação anual, referindo-se o estudo a menos de 500 mediações por ano, o que pode significar uma correspondência entre a forte regulamentação e o número de mediação.

3.2 Mediação na Itália

3.2.1 Terminologia: mediação vs. conciliação

Na Itália, prevalece a distinção entre o termo mediação e conciliação, sendo a diferença restrita ao método empregado e à finalidade do instituto, embora os princípios envolvidos sejam os mesmos.

É comum atribuir à conciliação as controvérsias de natureza civil e comercial e à mediação os conflitos de natureza familiar, penal e social. A preocupação na

mediação é restabelecer o diálogo entre as partes para preservar a relação entre elas, enquanto na conciliação o objetivo é resolver a controvérsia através de um acordo que ponha fim ao conflito, principalmente por meio de um exame minucioso dos interesses em jogo.

O Decreto Legislativo nº 28/2010³³² conceituou a mediação como um método e a conciliação com um resultado, na medida em que atribuiu àquela a seguinte definição:

Art. 1. 1. a) l'a attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o piú soggetti sai nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controvérsia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione dela stessa.

Desse modo, a conciliação é, segundo o Decreto Legislativo, “*la composizione di una controvérsia a seguito dello svolgimento dela mediazione*”.³³³

Art. 11

(Conciliazione)

1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fatto concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.

2. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

A mediação na Itália também pode ser conceituada por meio de algumas categorias, conforme se trata a finalidade do método alternativo. A mediação familiar visa reorganizar a relação familiar, seja em vista à separação ou logo após a sua ocorrência, com a garantia da imparcialidade e independência do mediador para que os próprios pais desempenhem seu papel na vida do filho.

A mediação penal é inserida num contexto de humanização da pena e do caráter preventivo da justiça e não meramente retributiva, sem que o objetivo seja a vingança pela conduta ilegal cometida. A justiça deve ser encarada pelo Direito Penal como restabeecedora da moral, servindo como um instrumento de educação e inserção social do condenado. Logo, a pena passa a ser reparativa, sendo a

³³²Disponível no endereço eletrônico: www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm

³³³Idem.

justiça considerada restaurativa. A mediação penal serve como ponto intermediário entre a vítima e o autor do crime para que seja aberto um canal de comunicação gerindo o conflito e tirar a atenção da relação réu-vítima.

Como mediação social entende-se um método alternativo que intervém em diversos tipos de relação, como a trabalhista, escolar, associativa, dentre outras. Essa mediação foi originada nos Estados Unidos e depois expandida à Europa, num ambiente de acirrado desenvolvimento urbano e industrial. Juntamente com a elevação da migração, surgiram os primeiros centros de mediação comunitária, tendo como características principais a independência frente ao Poder Público.

A mediação comunitária trabalha com a lógica de um mediador independente, membro desta comunidade, que pretende levar aos demais moradores o sentimento de inclusão social. Essa inclusão social dos indivíduos formadores da comunidade pode ser concretizada mediante a autonomização e a responsabilização por suas escolhas e por suas decisões, seja no concernente a conflitos verídicos/experenciados ou a conflitos latentes. Assim, criam-se vínculos, fortalecendo o sentimento de cidadania e de participação da vida social da comunidade.³³⁴

A mediação comunitária tem como propósito restituir à comunidade o convívio entre seus pares de maneira solidária através do gerenciamento de conflitos, visto que “a solução voluntária de um conflito encoraja o espírito de cooperação da comunidade”.³³⁵

Conforme o ambiente que se promova a mediação, pode ser denominada de mediação esportiva, ambiental, escolar, sanitária etc.

3.2.2 Métodos de mediação

Podem ser identificados três métodos de mediação: facilitador; valorativo e transformador³³⁶. Em geral, o mediador age como um facilitador, sem oferecer uma proposta para o conflito, mas somente facilitando a negociação. Nesse caso, o mediador é um terceiro neutro, preocupado principalmente com a forma de condução da mediação. Seu papel é de guiar as partes para que possam autonomamente chegar a um consenso.

334 SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Editora Ijuí, 2012. P. 200.

335 FRAGOMENI, Tiziana. *Mediazione e conciliazione*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012. P. 40.

336 FRAGOMENI, Tiziana. *Mediazione e conciliazione*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012, P. 43.

Em contrapartida, na mediação valorativa, cabe ao mediador sugerir uma solução, apresentando uma proposta a respeito do conflito.

Qui il mediatore da la propia opinione sulle problematiche oggetto del conflitto e offre consigli sul metodo piú efficace per migliorare la situazione conflittuale, valutata nel suo complesso. Il mediatore presenta una valutazione sulle pretese dei litigante e formula una proposta di accordo, riguardo la quale essi possono aderire, riversandola in un atto negoziale che sottocriveranno soltanto loro, ovvero rifiutarla.³³⁷

De acordo com o art. 11 do Decreto Legislativo 28/2010, o acordo sugerido pelo mediador é tão somente uma proposta, a qual se torna obrigatória se ambas as partes concordarem com os termos dela.³³⁸ Antes de formular uma proposta, o mediador deve informar às partes acerca das consequências previstas no art. 13 de referido Decreto. Por esse motivo, deve o mediador registrar o motivo da recusa da proposta para que seja avaliada em juízo a decisão acerca das despesas processuais.³³⁹

Por sua vez, a mediação transformadora visa alterar o vínculo pessoal entre as partes, partindo de uma situação de tensão para uma relação harmoniosa e produtiva. Tal atividade do mediador é demasiadamente complexa e intensa, pois precisa restabelecer o diálogo entre as partes, reconquistando o respeito recíproco. É preciso que as partes tenham consciência de si, do outro, do conflito e da relação existente entre elas. Nesse caso, não se resolve um conflito, mas realiza-se uma transformação construtiva das controvérsias.

337 *Idem*. P. 44.

338 “Art. 11. 2. *La proposta di conciliazione e' comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento*”. Decreto Legislativo nº 28/2010. Disponível no endereço eletrônico: www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm

339 “Art. 13 1. *Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonche' al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.*

2. *Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.*” Decreto Legislativo nº 28/2010.

3.2.3 Desenvolvimento do Direito Processual Civil Italiano e da mediação

Na Itália, assim como no Brasil, o direito processual passou por diversas reformas legislativas, buscando com isso a contenção da litigiosidade desenfreada nos tribunais e também a eficácia à tutela jurisdicional.³⁴⁰ Todavia, não se pode olvidar dos fatores culturais e sociais que impulsionam o direito, tendo sido esses também umas das causas para a reforma do código de processo civil italiano de 1940, cujas regras de processo civil foram elaboradas sob influência dos ideais revolucionários do período.³⁴¹

Ressalta Michele Taruffo que nem mesmo o estudo comparatista entre ordenamentos jurídicos é realizado de forma neutra, sempre pesando a herança cultural e ideologias ao se discorrer sobre os institutos afins. Para o autor, o estudo do processualista típico, em que valoriza somente aspectos técnicos, permanecendo sua comparação num nível “micro”, é maçante e substancialmente inútil.³⁴²

Ao concordar com a tese de Taruffo, afirmamos ainda que a opção pelo fortalecimento da mediação e de qualquer outro mecanismo de solução de conflito fora do processo judicial é uma questão cultural, e, sobretudo, de ideologia.³⁴³

340 “O que se observou na Itália se assemelha muito, portanto, ao que ocorreu no nosso país: um incessante movimento reformista assistemático que veio culminar com a criação, no dia 01 de outubro de 2009, pelo Presidente do Senado, José Sarney, de uma comissão presidida pelo ministro do STJ Luiz Fux e composta de insígnis juristas, como Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, apenas para citar alguns nomes, que deu origem ao Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso, sob o número 166/10”. In: BODART, Bruno Vinícius da Ró; ARAÚJO, José Aurélio de Araújo. Alguns apontamentos sobre a Reforma Processual Civil italiana – Sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 26.

341 “Restringindo a análise ao período recente, o código de processo civil italiano de 1940, em especial, deu causa a vários problemas. Afirma Cipriani que essa reforma (de 1940) teria sido realizada para ajustar o regramento processual civil aos princípios da revolução. Por ela, os direitos das partes foram drasticamente reduzidos, enquanto a posição dos juízes ganhou reforço com uma gama considerável de novos poderes discricionários.” In: SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2008. P. 184.

342 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003. P. 142.

343 O presente estudo defende o rompimento do sistema de jurisdição una, o qual vincula os conflitos aos tribunais ou aos processos judiciais, para um sistema que fortalece a posição do cidadão na sociedade e também sua autonomia da vontade face ao agigantamento do Estado-juiz, capaz de solucionar os litígios sem a submissão a uma autoridade, salvo nos casos em que seja realmente necessário.

Luigi Comoglio afirma em seu trabalho que a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma opção ideológica ao inaugurar um sistema de garantias processuais.³⁴⁴ Segundo o mestre, o garantismo processual trata-se de um arcabouço de princípios em dinamicidade, cujo teor está em constante evolução, sendo que, modernamente, um de seus corolários é a efetividade processual. Desse modo, não se pode falar em processo justo se a tutela jurisdicional prestada pelo Judiciário é ineficiente, seja pela demora na concessão, seja pela qualidade da tutela em si. Assim, o desenvolvimento da mediação é, acima de tudo, a valorização do processo judicial, e conseqüentemente, do Poder Judiciário.

O capítulo sobre o desenvolvimento da mediação na União Europeia e, especialmente, na Itália, serve como base para se realizar uma comparação entre os sistemas. Debates no cenário europeu, como os referentes à mediação obrigatória, podem ser úteis para o sistema brasileiro, em que projetos de lei que disciplinam a mediação estão sendo debatidos no Legislativo.³⁴⁵

Na Itália, algumas inovações na reforma destacaram-se pela modificação com o sistema anterior, como a previsão de prazos peremptórios e a introdução do juiz instrutor no processo de conhecimento, passando a ter duas fases processuais em 1ª instância: a de instrução com um magistrado e o julgamento da causa por um colegiado.³⁴⁶

344 COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, p 95-150, abr./jun. 1998. P. 138.

345 “Isso depende, naturalmente, da cultura do legislador de que se trata em cada caso: um legislador ‘culto’ terá as informações necessárias para fazer escolhas melhores no ‘mercado das ideias’, ao passo que um legislador ‘ignorante’ se inclinará a ser culturalmente autárquico e, portanto, a considerar que cada sistema processual nacional só pode ser reformado no interior de sua particular e provincial cultura, sem qualquer influência útil receptível dos ordenamentos que já enfrentaram, talvez melhor e com maior eficiência, os mesmos problemas”; *Idem*, p 154 Segundo Taruffo, o legislador moderno que se preocupa seriamente com a reforma da justiça civil, vai buscar em outros modelos jurídicos algumas repostas para questões internas, sem se preocuparem vincular-se excessivamente com as tradições nacionais. Além disso, salienta o autor que a globalização é um fator relevante para o intercâmbio entre modelos jurídicos, tendo em vista o crescente comércio transnacional e a tendência à uniformidade da cultura, sobretudo na cultura jurídica.

346 Segundo Cipriani, as partes não tinham acesso ao verdadeiro juízo da causa, que era o órgão colegiado, permanecendo o processo sob a responsabilidade do juiz instrutor por longo tempo, como também a reforma não reduziu o trabalho do órgão que julgava, gerando uma falência do processo civil de conhecimento. CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico – saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 31. *Apud*: SCHENK. *Op. cit.* P. 185.

Leonardo Schenk destaca que após o fim da guerra e com a derrota do fascismo, iniciou-se um trabalho para alteração do código de processo civil.³⁴⁷ O código aprovado em 1950 ocorreu no mesmo período de publicação da Constituição, como também da Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo art. 6º prevê o direito a um processo em prazo razoável.³⁴⁸ No entanto, somente com o amadurecimento do constitucionalismo é que o código de processo civil italiano deixou de ser o centro do sistema processual para ceder espaço aos direitos processuais previstos na Constituição.³⁴⁹

O novo código aprovado também não resistiu às críticas, principalmente no que concerne à desvalorização do juízo de primeira instância e, conseqüentemente, no reconhecimento exacerbado dos tribunais, dentre outras medidas.

O autor mencionado noticia que nos anos 1970, devido à longa duração dos processos, os juízes adiavam o termo *a quo* do prazo para a prolação das decisões, por receio de sofrerem medidas disciplinares. Essa postura certamente prejudicava ainda mais o andamento dos processos, considerando que o prazo corria a partir da audiência colegiada de discussão.³⁵⁰

Acontecimento considerado relevante para a doutrina – o qual foi visto como um propulsor para a correção da morosidade da prestação da tutela jurisdicional na Itália – foi a primeira condenação da Itália, em 1987, pela Corte Europeia de Direitos Humanos pela violação ao art. 6º da Convenção Europeia, norma que eleva a duração razoável do processo a direito fundamental.³⁵¹

347 “Os advogados reuniram-se com o Conselho Nacional Forense, presidido por Piero Calamandrei, autor do código de 1940. Fruto de muitas discussões, a Lei nº 581, de 14 de julho de 1950, enfim alterou o código de processo civil.” In: SCHENK. *Op. cit.* P. 186.

348 *Idem.*

349 “Em 1956 entrou em funcionamento a Corte Constitucional. Contudo, ao invés de o código de processo civil ser lido à luz da Constituição, afirma CIPRIANI que, por algum tempo, por força da resistência, a Constituição é que continuava a ser lida à luz do código”. In: *Idem.* “*Nel 1950, dopo mille discussioni, com la l. 14 luglio 1950, n. 581, il c.p.c. fu riformato, ma non certo in considerazione dela Costituzione repubblicana entrata in vigore due anni e mezzo prima. Anzi, benché la nuova Carta fosse bem diversa dalla precedente e contenesse non poche fondamentali norme sullo svolgimento dei processi, tutte ispirate ad una logica oposta a quella del código, nel mondo del processo civile nessuno per lunghi anni si avvide del passaggio dallo Statuto albertino ala Costituzione repubblicana. Il problemi del processo di cognizione tra passato e presente.*” In: CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato Democratico - saggi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. P. 39-40.

350 *Idem.*

351 Caso Capuano v. Itália. Cf. *Idem.* P. 187.

Como observa Leonardo Schenk, em 2001 pendiam de admissibilidade milhares de recursos na Corte Europeia por violação às normas da Convenção.³⁵²

Com o intuito de remediar a situação constrangedora perante a Corte Europeia, a Itália publicou em 2001 a Lei Pinto, cujo objetivo maior era dificultar o acesso à Corte, e em parte, indenizar o cidadão pela violação à razoável duração do processo (considerando que, a partir de 1999, o art. 111 da Constituição passou a prever o processo justo como princípio constitucional), de modo que fosse realizado um filtro de contenção de recursos à Corte Europeia.³⁵³ Em 06 de setembro de 2001, a Corte entendeu que a Lei Pinto era eficaz na reparação à violação ao direito fundamental de um processo julgado em tempo razoável.³⁵⁴ Ressalta-se que a Itália não buscou as causas para o problema da eficácia da tutela jurisdicional para combater a doença com o remédio apropriado. Ao invés disso, inflou ainda mais o país com processos pendentes de julgamento.

Em razão disso, em 21 de outubro de 2010, a Corte Europeia reconheceu que a Itália não vem ressarcindo em tempo razoável os cidadãos que venciam as disputas judiciais à luz da Lei Pinto (caso *Gaglione & Others v. Itália*), embora não tenha admitido o recurso com fundamento no Protocolo nº14, o qual estabeleceu o grave dano como uma condição de admissibilidade³⁵⁵. Este novo filtro recursal

352 “A situação, portanto, no início do século XXI, era novamente insustentável. O relatório de abertura dos trabalhos da Corte Europeia, no ano 2000, dedicou um longo parágrafo ao problema da Justiça italiana, com referência às sistemáticas violações do art. 6º da Convenção. Chegou-se a um ponto que a Corte, em inúmeras decisões, praticamente não fundamentava as condenações impostas em razão da longa duração dos processos, por entender existente verdadeira presunção de responsabilidade do Estado. A longa duração dos processos cíveis chegou a ameaçar de suspensão o direito de voto da Itália no Conselho Europeu”. In: *Idem*. P. 194.

353 “Em boa parte, a intenção do legislador italiano foi nacionalizar o procedimento para a obtenção de uma justa reparação pelos danos sofridos em consequência da desmedida duração dos processos”. In: *Idem*. P. 195.

354 Caso Brusco. In: *Idem*.

355 “*Delay by the Italian authorities in paying compensation in 475 “Pinto” applications (applications lodged to complain of the length of civil proceedings) – a delay of at least 19 months in 65% of the applications. Violation of Article 6 § 1 (enforcement of judicial decisions within a reasonable time); violation of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) The Court observed a widespread problem relating to the enforcement of Pinto decisions in Italy (at 7 December 2010, more than 3,900 applications concerning, among other things, delays in paying compensation under the Pinto Act were pending before the Court). It found that general measures were required to remedy malfunctioning of ‘Pinto’ applications. It disagreed with the assertion that the applicants had not suffered a significant disadvantage and dismissed for the first time a request for application of the new admissibility criterion introduced by Protocol No. 14 (no significant disadvantage).*” Ementa disponível no endereço eletrônico:

http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf. Acesso em 13/04/2014.

elucida o resultado positivo da estatística de 2013, referente à Itália, apresentada pela Corte Europeia. De acordo com dados oficiais, dos 2.950 processos demandados, 2.872 foram declarados inadmitidos ou prejudicados, sendo que dos 39 julgamentos realizados, 34 apresentaram algum tipo de violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos.³⁵⁶

Cabe ressaltar que a Itália é o país em que mais apresenta condenação na Corte Europeia de Direitos Humanos por violação à duração razoável do processo, denominado no quadro de estatística de *length of proceedings*, conforme dados oficiais da própria Corte.³⁵⁷ A reputação do país não decresce somente nos tribunais, o Banco Mundial elaborou um relatório envolvendo 183 países selecionados, ficando a Itália em 157º lugar, com referência para o indicador Enforcing Contracts. Tal indicador mede o tempo, o custo e os mecanismos de solução de litígio disponíveis para duas empresas nacionais diante de uma quebra contratual de comércio de insumos. De acordo com os resultados na Itália, levam-se três anos e três meses para obter uma sentença favorável, sendo que são aplicados 41 tipos de procedimentos na causa.³⁵⁸

Retornando às reformas do Código de Processo Civil, uma comissão composta por Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verdi elaboraram o código de 1990, no qual, “além de retocar a estrutura do antigo diploma aqui e acolá, o legislador redesenhou, na oportunidade, todo o procedimento ordinário”.³⁵⁹ Na visão de Leonardo Schenk, a reforma processual mais uma vez não considerou problemas

“O acesso à Corte Europeia tornou-se ainda mais difícil em 2005, com o Protocolo nº 14, de 13 de maio, ratificado pela Itália em 15 de dezembro do mesmo ano (pela Lei nº 280), por meio do qual foi alterado o parágrafo 3º, do art. 35, da Convenção, passando a estabelecer que as decisões internas dos Estados membros apenas seriam revistas nos casos de danos graves (= prejuízos relevantes)”. In: SCHENK. *Op. cit.* P. 197.

356 Disponível no endereço eletrônico:

http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf. Acesso em 13/04/2014.

357 Dados disponíveis no endereço eletrônico:

<http://www.echr.coe.int/>. Acesso em 31/03/2014.

358 SILVESTRE, Elisabetta. *The never-ending reforms of Italian Civil Justice*. Disponível no endereço eletrônico: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1903863. Acesso em 31/03/2014. P. 2.

359 SCHENK. *Op. cit.* P. 191.

estruturais, que vão além de questões meramente processuais, como a proporção de juízes e das causas.³⁶⁰

*Le due riformi del 1990-91 incontrarono l'opposizione della classe forense, che si mostro più che preoccupata all'idea delle preclusioni e dei giudice di pace con scarse cognizioni di diritto. (...) Le riforme del 1990-91-95 hanno avuto sorti profondamente diverse. Il giudice di pace, specie dopo la riforma che ha consentito una maggiore utilizzazione degli avvocati (l. 24 novembre 1999, n. 468), che a veder bene sono gli unici su cui possa fare affidamento, è ormai accettato da tutti. Ergo, sarebbe tempo che il numero dei giudici di pace fosse aumentato e che la loro competenza fosse ampliata, avendo peraltro cura di prevedere l'appellabilità di tutte le loro sentenze.*³⁶¹

Após a reforma de 1990, outras alterações esparsas ocorreram, como a de 1995 e a de 2001.³⁶²

Michele Lupoi, professor da Universidade de Bolonha, deixa evidente em seu estudo que as reformas no sistema processual não têm sido precedidas de estudos, como também não seguiram um plano estratégico, resultando num verdadeiro trabalho de *patchwork*.³⁶³ De acordo com o autor, o legislador italiano tem como propósito reduzir o tempo do processo judicial com a simples intervenção nos procedimentos, sem considerar outros fatores relacionados à falta de investimentos, como ocorre no serviço judicial.

Elisabetta Silvestri também aponta como um dos fatores para a crise da morosidade da justiça na Itália a falta de investimento institucional e estrutural, como na expansão do Judiciário pelo país, vez que a geografia dos tribunais é semelhante à do período de unificação da Itália. Além disso, os recursos públicos são gastos desordenadamente, como na construção de prédios luxuosos, denominados de “catedrais no deserto”.³⁶⁴ Segundo a autora, há um excesso de advogados no país, o

360 *Idem*. P. 192.

361 CIPRIANI. *Op. cit.* P. 54.

362 Com a publicação da Lei nº 374, de 1991, foi instituído o juiz de paz, em substituição ao conciliador, cuja competência passou a ser estabelecida em razão do valor da causa e para determinadas matérias. Segundo Cipriani, apesar de a quantidade de juízes de paz ser maior do que a de conciliadores, não foi o suficiente. Ademais, a maioria das causas eram submetidas ao juiz togado. CIPRIANI. *Op. cit.* P. 53. “No final do ano de 2001, com a intenção de reformar o código de processo civil, uma nova comissão foi nomeada na Itália, presidida por Romano Vaccarella, da qual resultaram 63 propostas de alteração do diploma processual, identificadas por CIPRIANI como uma respeitável volta às ideias de 1973 e 1990”. In: SCHENK. *Op. cit.* P. 193.

363 LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in Italian Civil Procedural Law. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 1, p. 25-51, Jan./Apr. 2012. Disponível no endereço eletrônico: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=53&embedded=true. Acesso em 31/03/2014.

364 *Idem*.

que talvez sugere uma tendência para a litigiosidade, aliado à intensa judicialização dos conflitos, que, na verdade, poderiam ser solucionados administrativamente, como os que envolvem o direito previdenciário.

Bruno Bodart e José Aurélio Araújo atentam para o descontentamento da doutrina italiana, diante de diversas reformas no sistema processual, efetuadas desde 1950, sem a obtenção de resultados eficazes no que concerne à celeridade processual.³⁶⁵

Na verdade, o Parlamento italiano vem tentando disciplinar a mediação por décadas, como assinala o estudo do Parlamento Europeu mencionado anteriormente.³⁶⁶ A mediação era somente mencionada no Código Civil italiano de 1865, sendo que em 1940 foi introduzido no Código de Processo Civil como um procedimento interno conduzido pelos juízes. Somente em 1973, a Lei nº 533 estabeleceu a mediação propriamente e a conciliação no Código Processual. A partir daí, a mediação foi difundida como meio de solução de conflito nas relações empresariais, levando as Câmaras de Comércio, em 1993, a estabelecerem tanto a mediação quanto a arbitragem como instrumento de pacificação entre empresas e entre essas e seus clientes.

Em 2003, o Decreto Legislativo nº 05 permitiu a mediação para certas matérias de ordem financeira e para todas as questões empresariais.

No entanto, a mediação não era utilizada como instrumento de solução pela sociedade em geral. De acordo com o Parlamento Europeu, somente com a publicação da Diretiva nº 52/2008 os cidadãos italianos passaram a conhecer plenamente a mediação. Apesar de a Diretiva tratar da mediação transnacional, a Itália também disciplinou a mediação interna.³⁶⁷

Em junho de 2009 foi editada a Lei nº 69, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil. No que concerne à mediação interna, o art. 60 delegou para o Governo a sua regulamentação para causas cíveis e comerciais, que deveria ocorrer no prazo máximo de seis meses a partir de sua vigência. Por sua vez, o

365 BODART. *Op. cit.* P. 26.

366 'Rebooting'. *Op. cit.* P. 39.

367 "Lo Stato italiano, in altri termini, tenuto ad adottare una disciplina generale sulla mediazione transfrontaliera, non poteva, al tempo stesso, non preoccuparsi di provvedere ad una compiuta regolamentazione anche della disciplina del modello conciliatorio che avrebbe operato sul piano meramente interno". TRISCARI, Giancarlo; GIOVANNONI, Antonio. *Manuale della mediazione*. IPSOA, Gruppo Wolters Klumer, 2012. P. 21-22.

Governo publicou o Decreto Legislativo nº 28/2010, marcado pela polêmica introdução de norma que impõe a realização de acordo entre as partes³⁶⁸. O art. 76 da Lei nº 69/2009 determinou que o exercício da função delegada deve observar os princípios e diretivas estabelecidos e deve ocorrer durante um tempo específico e com objeto definido.³⁶⁹

Lei nº 69/2009

Art. 60

1. *La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti.*

Além dos princípios estabelecidos pela Lei nº 69/2009, Triscari e Giovannoni observam que a lei delegada deve observar o princípio do acesso à justiça, previsto no art. 24 da Constituição italiana. De acordo com os autores, o princípio possui três ordens de ideias: garantia de tutela efetiva; eliminação de obstáculos normativos ao acesso à justiça; eliminação de obstáculos fáticos, como a situação financeira de uma parte.³⁷⁰

Desde a sentença nº 127/1977 a Corte Constitucional da Itália debate a questão da obrigatoriedade de um meio alternativo, sendo que nesse processo foi julgada inconstitucional a lei que estabeleceu a arbitragem como único mecanismo de solução de conflito para determinadas matérias, tendo em vista que somente as partes, e não o legislador, podem derrogar a demanda judicial.³⁷¹ Ressalta-se que o

368 Além da mediação obrigatória, o Decreto Legislativo previu a facultativa para a hipótese de a controvérsia versar sobre direito disponível (art. 2º); a mediação delegada ao juiz em qualquer momento pelas partes (art. 5, 2) e a mediação “concordata”, obrigatória para as partes que estabeleceram uma cláusula contratual ou mediante a previsão em estatuto ou ato constitutivo (art. 5, 5). Com relação à mediação obrigatória, segue o trecho do estudo de Proto Pisani: “*la conciliazione-mediazione ex lege (art. 5, 1) relativa a tutte le controversie ‘in matéria di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (anche non a motore), da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*”. Todavia, alguns procedimentos não são passíveis de mediação obrigatória, como a medida cautelar, a tutela possessória, dentre outros. PISANI, Andrea Proto. *Appunti su mediazione e conciliazione*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, set. 2010. P. 234 e 236.

369 “*Sicché, il legislatore delegato, nel procedure alla costruzione dell’impianto normative relative alla disciplina della materia della mediazione in material civile e commercial, doveva necessariamente tenere conto dei principi e dei criteri direttivi dettati dalla legge delega in esame, costituendo il parametro centrale e fondamentale di riferimento per potere individuare entro che limite si sarebbe potuto operare l’intervento normativo delegato*”. TRISCARI; GIOVANNONI. *Op. cit.* P. 8 e 9.

370 *Idem*. P. 17.

371 Sentença nº 127/1977. “*l’illegittimità costituzionale della norma censurata, pertanto, risiede nella circostanza che essa preclude alle parti la possibilità di adire il giudice statale, essendo*

objeto da ação tratava-se da opção, pelo legislador, de um único instrumento de solução de lide, e não de uma previsão de condição de admissibilidade de ação.

Novo precedente da Corte Constitucional estabelece outro entendimento do tribunal, de que o direito de ação previsto no art. 24 da Constituição não impede a previsão em lei de tentativa obrigatória de conciliação em fase precedente à ação judicial. Num primeiro julgamento, a Corte decidiu pela constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 108/1990, na parte em que previa a tentativa obrigatória de conciliação como condição de admissibilidade de ação.³⁷²

*È dunque possibile, in sostanza, che il diritto di azione previsto dall'art. 24 Cost. possa trovare, a livello normative, talune limitazioni che possono trovare giustificazione ora nell'interesse di evitare l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale ora nell'interesse di consentire una modalità di più pronta e meno dispendiosa soddisfazione della posizione sostanziale che si intende tutelare ora, infine, in interessi generali di volta in volta individuati.*³⁷³

Portanto, entendeu a Corte Constitucional que o direito de ação pode ser retardado no tempo por lei, seja no interesse de se evitar um abuso da tutela jurisdicional, seja para conferir um mecanismo mais célere de solução de conflito e menos dispendioso.

Alguns anos depois, a Corte Constitucional revisitou a questão da obrigatoriedade da conciliação na sentença n. 276/2000, ao decidir acerca da constitucionalidade dos art. 410, 410-bis e 412-bis do Código de Processo Civil. De acordo com o novo entendimento da Corte, era preciso averiguar se existia um interesse público na limitação do exercício do direito de ação, ou seja, a constitucionalidade do filtro estabelecido em lei deve ter como fundamento um interesse maior.

Ciò che caratterizza queste pronuncie è il fatto che gli oneri e le modalità che condizionano l'esercizio dell'azione non debbono tradursi in un secca subordinazione dell'azione al previo esperimento di una diversa tutela non giurisdizionale, costringendo il singolo, in un primo tempo, a rivolgersi ad un organo non giurisdizionale. La strada seguita dal legislatore con la legge 11 maggio 1990, n. 108 ha fatto tesoro di queste indicazioni (...). Infatti, la mancata richiesta di conciliazione, avanzata secondo le procedure previste dai contratti ed accordi collettivi di lavoro o dagli artt. 410 e 411 del codice di

totalmente irrilevanti, vice-versa, i profili relativi sia al regime del lodo sia alla composizione del collegio; (...) la garanzia costituzionale attiene alla libertà di scelta, a peculiar modalità di svolgimento dell'arbitrato e non già, assicurata che sia tale consapevole e liberascelta, a peculiar modalità di svolgimento dell'arbitrato stesso". Idem.

372 Sentença nº 82/1992. "la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che il rigore con cui è tutelato il diritto di azione, secondo la previsione dell'art. 24 della Costituzione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento". TRISCARI; GIOVANNONI. *Op. cit.* P. 18.

373 *Idem.*

*procedura civile, non impedisce la proposizione dell'azione che così rischia solo la sanzione dell'improcedibilità, praticamente equivalente alla sospensione del giudizio ed alla fissazione e di un altro termine (del parti perentorio) per la riassunzione entro 180 giorni dalla cessazione della causa di sospensione.*³⁷⁴

Logo, no entendimento da Corte Constitucional italiana é preciso verificar se o filtro à tutela jurisdicional 1) é útil a satisfazer a celeridade da solução da controvérsia; 2) não comporta uma imposição de encargos ou desproporcional ao interesse perseguido.³⁷⁵

Desse modo, o filtro à tutela jurisdicional não seria inconstitucional se for previsto para beneficiar o jurisdicionado, ao invés de proteger um interesse secundário do Estado, de impedir ilegitimamente o acesso ao Judiciário.³⁷⁶

Em tom crítico, parte da doutrina italiana entende que está ocorrendo a privatização da justiça, pela dificuldade de acesso ao Judiciário criada com a introdução da mediação obrigatória pelo Decreto Legislativo nº 28/2010.³⁷⁷ De acordo com a doutrina, as reformas implementadas para o aprimoramento do processo judicial não foram conduzidas como nos principais países da Europa Ocidental, o que prejudica ainda mais o jurisdicionado, pressionado a solucionar seus conflitos por meios privados diante da má qualidade do serviço prestado pelo Judiciário.

Como exemplo do descaso do legislador com o processo judicial, não foi desenvolvido o *case management* (gestão de casos) assim como ocorreu na Inglaterra, tendo em vista que não há uma fase preparatória do processo com o intuito de colher todas as provas cabíveis.³⁷⁸ A concentração do processo também é

374 *Idem*. P. 19.

375 *Idem*. P. 20.

376 No Brasil, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar na Adin 2139 e 2160, decidindo que demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia, com fundamento na garantia do acesso à justiça. No atual estágio processual, aguarda-se o julgamento em definitivo das ações diretas de inconstitucionalidade.

377 "I have to admit that I am biased against ADR, since I do not subscribe to the idea that a settlement is under any circumstances a better solution than a judgment, most of all in a country, such as Italy, where you can grow old while waiting for that judgment. In any event, the choice of making mediation mandatory is simply a strategy to keep disputes out of courts, that is, it is a choice made with the only purpose of deflating the courts' caseload". SILVESTRI. *Op. cit.* P. 5 e 6.

378 "A real preparatory phase is still missing: after the pleading stage, the first hearing before the judge is not aimed at narrowing and clarifying the issues but has only the purpose of setting into motion an exclusively written preparation of the case. Such a written preparation will take place through

uma utopia e o calendário processual³⁷⁹ é utilizado somente para a produção de prova testemunhal, ao invés de seu uso para a preparação do caso para julgamento.³⁸⁰

Há, porém, juristas que defendem o desenvolvimento da mediação, como Andrea Proto Pisani. Segundo o autor, a aplicação da lei pode traduzir-se numa tutela injusta, seja pela norma utilizada para a solução do conflito ser abstrata o suficiente para não se enquadrar ao caso concreto, seja pela hipótese de uma questão de justiça substancial.³⁸¹³⁸².

an exchange of pleadings that can drag on from one hearing to the next for a very long time".
Idem. P. 5.

379 "Art. 81-bis (Calendario del processo). Il giudice, quando provvede sulle richieste istuttorie, sentite le parti e tenuto conto dela natura, dell'urgenza e dela complessità dela causa, fissa il calendario del processo com l'indicazione dele udienze successive e degli incumbenti che veranno espletati. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima dela scadenza dei termini. Quando do momento da definição probatória, o juiz, tendo em conta a natureza da causa, a urgência e a complexidade, ouve aspartes e define o calendário marcando a próxima audiência. Ricci é cético quanto à eficiência da norma, considerando que o calendário pode ser alterado por requerimento das partes ou mesmo de ofício pelo juiz, sobrevivendo grave motivo. Neste sentido, não é difícil imaginar a prorrogação das datas e prazos indefinidamente, sob a justificativa de estar o magistrado assoberbado". BODART. *Op. cit.* P. 46.

380 "Os sistemas das CPR introduziu um importante conjunto de 'protocolos pré-litígio' (vide 2.20, 6.7, 11.43). Tais protocolos estabelecem diretrizes de responsabilidades para as possíveis partes litigantes e seus representantes legais. Visam a promover a troca eficiente de informações entre ambas as partes, inclusive *disclosure*, ainda na fase pré-litígio, de documentos 'essenciais' que estejam em poder de cada uma delas. Toda e qualquer *disclosure* está sujeita à restrição de que o material somente poderá ser utilizado especificamente para fins dos processos em potencial. Os protocolos, portanto, têm o intuito de permitir que cada parte litigante conheça os pontos fortes e fracos da eventual parte contrária. Espera-se que a conformidade com os deveres previstos pelos protocolos quanto à disponibilização de informações de uma parte para outra venha a promover acordos bem sustentados". ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 127.

381 "Tutti abbiamo appreso all'università l'espressione *summum ius summa iniuria*, cioè la possibilità che l'applicazione della legge (cui il giudice è soggetto ai sensi dell'art. 101 cost.) possa in concreto in taluni casi tradursi in una sostanziale ingiustizia. Tano può derivare soprattutto dalla circostanza che la legge è formulate per nome generali ed astratte con riguardo al criterio della c. d. normalità, dell'*id quod plerumque accidit*: così che è ben possibile che, ove essa sia chiamata ad essere applicata a fattispecie concrete che si pongano ai margini della previsione normative, ne possano derivare dei guasti in punto di giustizia sostanziale." PISANI. *Op. cit.* P. 232.

382 "In tutti questi casi la mediazione-conciliazione innanzi a soggetti esperti non di diritto ma di capacità di favorire la ripresa di dialogo fra le parti e di agevolare la risoluzione dell'effettivo conflitto di interessi anche al di là dell'oggetto specifico della controversia, conflitto di interessi di cui la controversia in atto è solo um aspetto, va favorita al massimo sia prima che nel corso del processo." *Idem.* A experiência no processo judicial mostra que o prolongamento da judicialização do conflito e o desfecho conferido ao caso muitas vezes prejudicam a eficiência do negócio ou, no que diz respeito à Administração Pública, à eficiência do processo administrativo, comum em processos licitatórios, por exemplo, cujo trâmite é frequentemente suspenso por liminares, prejudicando tanto o interesse da Administração na contratação, quanto dos participantes pelo surgimento da insegurança jurídica. Conforme defende Proto Pisani, a mediação seria o

Atenta Proto Pisani que o princípio da razoabilidade da duração do processo deverá ser observado, mesmo na hipótese de mediação obrigatória, sob pena de o procedimento arrastar-se, apesar da evidente relutância das partes.³⁸³

Nesse mesmo sentido, Michele Lupoi defende que a mediação obrigatória não viola princípios constitucionais, pois não se nega o acesso ao Judiciário. Na visão do autor, o que o sistema italiano pretende é que as partes não demandem judicialmente de imediato, mas busquem uma tentativa de um desfecho conciliatório para o conflito.³⁸⁴

Todavia, no nosso entendimento, o modo como a mediação obrigatória foi introduzida na Itália, após a Diretiva 2008/52/CE, é flagrantemente inconstitucional, quando extrapola o encorajamento da solução eficaz do conflito, para impor indiretamente a aceitação pelas partes da proposta de acordo elaborada pelo mediador, mediante a aplicação de sanção na hipótese do julgamento pelo Judiciário conforme os termos acordados. Nesse caso, a mediação é obrigatória em relação ao “mérito”, isto é, obrigam-se as partes a acordarem com uma proposta, violando assim os mais diversos princípios processuais, principalmente o do contraditório, uma vez que o processo de mediação produz um resultado como se sentença fosse, sem possibilitar a plena garantia dos instrumentos que asseguram um processo justo, como a produção de prova e o direito a recurso, por exemplo.³⁸⁵

mecanismo apropriado para solucionar a lide etambém para manter a relação entre as partes, uma vez que todos os interesses são considerados relevantes no processo.

383 *Idem*. P. 236.

384 “*This mandatory attempt to mediate, however, is not unconstitutional as concerns the delay it causes to the start of the action in court, since mediation proceedings may not last longer than 4 months and such time-limit is likely to be considered by the Constitutional Court as not excessive*”. LUPOI. *Op. cit.* P. 13. O que a Corte Constitucional pode considerar inconstitucional, segundo o autor, seriam os aspectos econômicos da mediação obrigatória. Sendo as taxas excessivas, podem violar o acesso à justiça e a igualdade das partes.

385 Decreto Legislativo nº 28/2010. “Art. 13. (Spese processuali)

1. *Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.*” Michele Paumgarten entende que o Decreto Legislativo ultrapassou a ideia de encorajamento da mediação prevista na Diretiva nº 52/2008 da Comunidade Europeia. Segundo a autora, “se as partes ingressarem em juízo sem atender ao procedimento mandatário, o juiz poderia remeter as partes à mediação suspendendo o processo por até quatro meses, ao final do qual, as partes

Em decorrência da obrigatoriedade da mediação como condição de admissibilidade para ação judicial, a Ordem dos Advogados na Itália propôs ação de inconstitucionalidade face ao art. 5.1 do Decreto nº 28, com fundamento na violação ao art. 24 da Constituição Italiana, o qual prevê que “todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”.³⁸⁶

Contudo, a Corte Constitucional decidiu que o art. 5.1 viola o princípio insculpido no art. 77 da Constituição, o qual estabelece que o Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária, deixando de julgar a violação do art. 24.³⁸⁷ Logo, a violação do Governo italiano restringiu-se a uma questão meramente formal, não tendo a Corte se posicionado expressamente com relação à inconstitucionalidade da mediação obrigatória em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Visando contornar a inconstitucionalidade formal, o Governo italiano publicou o Decreto Legislativo nº 69, de 21 de junho de 2013, introduzindo novamente a mediação obrigatória, cujas normas foram convertidas em lei pelo Parlamento em agosto de 2013. O novo art. 5-bis, o qual elenca os casos que devem ser

deveriam ter chegado a um acordo. O processo não seguiria enquanto as partes não tivessem instaurado um procedimento de mediação. Se um acordo não fosse alcançado e se o mediador considerasse apropriado, poderia desenhar uma proposta de acordo. Embora as partes fossem teoricamente livres para celebrá-lo, neste caso, a liberdade tornava-se mitigada, pois se a ação proposta fosse julgada conforme os termos não acordados, o tribunal poderia impor sanções que recairiam sobre aquele que se recusou a firmá-lo, o que obrigava indiretamente a pactuação com o fim de afastar sanções”. PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 11, n. 11, p. 404-419, 2013. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18078/13331>. Acesso em 02/04/2014, p 409.

Todavia, Michele Lupoi entende que a norma sancionatória do art. 13 é de pouca eficácia, uma vez que o mediador não terá condições de formular proposta exatamente igual ao mérito da decisão judicial, tendo em vista que a produção de prova foi incompleta, além do acordo não abranger, provavelmente, os aspectos jurídicos da lide. De acordo com o art. 13, o juiz poderá imputar à parte vencedora as despesas processuais, quando a decisão coincidir com a proposta do mediador ou por razões graves e excepcionais, a partir do momento da formulação da mesma.

386 Tradução disponível no endereço eletrônico <http://www.educazioneadulti.brescia.it/>. Acesso em 07/05/2014.

387 *Idem*. “Lo stesso diritto di ‘invocare la giurisdizione’ di una corte, di un tribunale o di un giudice – il quale, ovviamente, differisce dal diritto o dall’interesse sostanziale tutelabile, che viene perlopiù affermato in giudizio come ‘realmente esistente’ solo dalla decisione finale di mérito – si traduce, a sua volta, nell’impossibilità di privare chiunque del potere di compiere non soltanto l’atto iniziale di impulso del procedimento, ma anche gli atti processual successivi, che siano necessari per l’ottenimento dela richiesta”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionale. Ob. cit., p 112 Cf. PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 11, n. 11, p. 404-419, 2013. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18078/13331>. Acesso em 02/04/2014. P. 410.

submetidos à mediação obrigatória, possui vigência de quatro anos, sendo que em setembro de 2015, o Ministério da Justiça deverá conduzir monitoramento do êxito da mediação (art. 5-bis).

Os casos a serem submetidos a mediação permanecem quase os mesmos, sendo retirado do rol os danos correspondentes a acidente de trânsito e a embarcação.

Art. 5-bis

Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. (...)

Dentre as inovações estabelecidas, a condição de admissibilidade deve ser imputada pelo réu, sob pena de decadência, ou revelada de ofício pelo juiz até a primeira audiência (art. 5-bis). Além disso, a mediação passou a ser exigida também em segunda instância.

Considera-se satisfeito o requisito de admissibilidade na hipótese de fracasso do acordo antes do primeiro encontro com o mediador (art.2-bis). Cabe aqui uma crítica a esta norma do art. 2-bis, posto que a atividade do mediador detém técnicas próprias, que podem não ter sido usadas anteriormente, dificultando, assim, a satisfação das partes. Ressalta-se que a mediação e a composição da lide não resultam propriamente num acordo, mas, algumas vezes na pacificação do conflito pelo restabelecimento de relações. Sendo assim, deveria o magistrado informar as partes a respeito das vantagens da mediação, visando, com isso, aproximá-los do mediador.

O Decreto Legislativo nº 69/2013 também modificou a duração do processo de mediação, que não poderá ser superior a três meses e deixou expressa a necessidade de assistência de advogado desde o primeiro encontro com o mediador (art. 8).

Norma de duvidosa constitucionalidade é a do art. 8, 4-bis, a qual prevê que da ausência injustificada da parte ao processo de mediação, o juiz poderá inferir

argumentos de prova no processo judicial subsequente, conforme art. 116-2 do CPC. O fundamento da norma está no princípio do livre convencimento do juiz.

Na averiguação dos fatos, o magistrado deve vislumbrar a existência de outros princípios constitucionais, os quais garantem o processo justo, que também devem ser observados, inclusive no momento de avaliação das provas. Não é cabível um processo judicial justo que não tenha como pressuposto a busca pela verdade. O processo judicial, diversamente da mediação, possui um escopo principal que é a realização da justiça pela aplicação correta da lei, sendo que para isso faz-se necessária a produção de provas, com a mínima utilização de presunções legais, sob pena de o resultado do processo distanciar-se da verdade dos fatos.³⁸⁸

Em todos os tempos, a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade. (...)

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico.³⁸⁹

Michele Taruffo afirma que um processo “garantístico” pode resultar numa decisão substancialmente injusta quando não há o acerto da verdade dos fatos, o que o autor denomina de uma decisão de baixa qualidade.³⁹⁰ Segundo o jurista, é possível o magistrado aferir a verdade material, utilizando-se dos meios adequados de prova, previstos num eficiente sistema de produção de prova. Não trata Taruffo de uma verdade absoluta, assim como ocorre no mundo natural, mas da verdade a

388 Ao estudar a jurisdição, Ferrajoli defende que um dos seus pressupostos é a correta análise dos fatos. No presente trabalho, defendo a existência desse pressuposto somente para o processo judicial, podendo a função mediadora estar integrada ao poder jurisdicional sem possuir o escopo da busca pela verdade dos fatos. Cf. TARUFFO, Michele. *Leyendo a ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. (Páginas sobre Justicia Civil).

389 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 2. P. 92 e 95.

390 “Non dubito, cioè, che il processo sia finalizzato a risolvere controversie, e neppure dubito che il processo, per essere giusto, debba includere l’attuazione di tutte le garanzie fondamentali imposte dai principi costituzionali: sottolineo piuttosto che la qualità della decisione, ed in particolare la giustizia della stessa, non possono non entrare nella definizione delle condizioni che occorrono perché un processo sia definito come giusto. (...) In realtà un processo ‘garantistico’, in cui cioè le parti hanno potuto svolgere adeguatamente tutte le loro difese, può ben produrre decisioni sostanzialmente ingiuste, come l’esperienza mostra quotidianamente, perché il giudice sbaglia nell’interpretare o applicare le legge o perché si verificano errori nell’accertamento dei fatti, o per una varietà di altre ragioni”. TARUFFO, Michele. *Verità negoziata? Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 62, n. extra 3, p. 76-77, 2008.

partir de enunciados extraídos da valoração da prova, chamada de verdade epistemológica.³⁹¹

Por conseguinte, o sistema processual não deveria permitir que o juiz reproduza os fatos alegados na mediação para argumento de prova, mesmo diante da recusa de uma das partes, considerando que a solução consensual está vinculada ao princípio da autonomia da vontade das partes e não à obrigação de contribuir com o Judiciário para o deslinde da controvérsia, como ocorre no processo judicial.

Além da interferência na avaliação das provas, a parte que se recusou a participar do processo de mediação será condenada a uma obrigação de pagar ao Estado, na forma do art. 8, 4-bis.³⁹²

Article 8.5 of Legislative Decree 28, which was previously barred, set forth sanctions by the court. These sanctions have been restored by the new Legislative Decree. According to Article 8.4, the judge may make presumptions about evidentiary issues in a subsequent trial. Furthermore, the Court may also order sanctions for parties who refuse to attempt mediation in good faith. The judge can condemn a party who declines participation in the mediation process without a valid justification by ordering that party to make an additional payment, equal to the administrative fee due in the judicial proceeding into the state budget, which would result in this party's fee being doubled.³⁹³

391 “En un primer sentido, esa verdad es relativa porque existen límites a los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para determinarla. Aun admitiendo que se pueda imaginar una verdad absoluta que se pudiera establecer siempre que se tuvieran medios cognoscitivos ilimitados, la verdad del proceso sería relativa porque los instrumentos cognoscitivos disponibles son limitados (por el tiempo, por las capacidades humanas y por normas jurídicas. (...) Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidade o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud e de la incidencia de los límites que imponen las normas de un ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos. (...) La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, y por tanto, por las razones examinadas anteriormente, debe, basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término ‘prueba’ se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como ‘verdadera’”. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. P. 74, 79 e 84.

392 Art. 8, 4-bis. “Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.” In: Disponível no endereço eletrônico:

www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-ordini/mediazione-e-conciliazione.html. Acesso em 22/05/2014.

393 *Rebooting*. Op. cit. P. 42.

Por outro lado, se a mediação resulta num acordo, há um desconto de 25% nos honorários de sucumbência.³⁹⁴

Ao contrário do que se prevê nos projetos de lei em trâmite no Brasil, na Itália é possível o mediador formular uma proposta, denominada de proposta de conciliação, na hipótese de fracasso de um acordo entre as partes (art. 11).³⁹⁵

Antes do advento do Decreto Legislativo nº 69/2013, o acordo verbal obtido no processo de mediação deveria ser homologado pelo presidente do tribunal da mesma circunscrição da sede do organismo de mediação, constituindo-se título executivo.³⁹⁶ A partir da publicação do mencionado DL, o acordo de mediação torna-se automaticamente título executivo, não havendo necessidade de homologação pelo juiz. Entretanto, cabe aos advogados que assistem às partes atestarem a conformidade do acordo com a ordem pública e com as normas imperativas do direito.

Decreto Legislativo nº 28/2010. Art. 12. 1. *Il verbale di accordo, il cui contenuto non e' contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e' omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale e' omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.*

Decreto Legislativo nº 69/2013. Art. 12. *Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna o rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del*

394 *Idem*. P. 41.

395 *“Fisiologicamente la mediazione può concludersi: o con un accordo amichevole (sic?!) tra i contendente; oppure, in suo difetto, con una proposta di conciliazione comunicata per iscritto, che le parti sono obbligate ad accettare o rifiutare entro sette giorni. Della mancata conciliazione e delle sue ragioni si forma processo verbale, che resta depositato agli atti dell'organismo adito in vista dei futuri effetti punitivi che il rifiuto potrà produrre”*. MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. [2010]. In: *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: <http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Monteleone-mediazione-forzata.pdf>. Acesso em 04/08/2013. P. 1.

396 *“L'omologazione consiste in una verifica sommaria della regolarità formale del procedimento e del non essere il verbale di accordo contrario all'ordine pubblico o a norme imperative (art. 12)”*. Se o acordo originou num contrato ou num ato passível de transcrição, o processo verbal deve ser autenticado por um notário ou por algum outro órgão público autorizado. PISANI. *Op. cit.* P. 237.

Consiglio del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

O Decreto Legislativo nº 28/2010 também prevê a obrigação do advogado informar ao seu cliente a respeito da possibilidade de valer-se de um procedimento de mediação facultativa, concordada ou obrigatória, sendo que a sua omissão tem como penalidade a anulabilidade do contrato advocatício (art. 4, 3).³⁹⁷

Além do sistema da mediação obrigatória prevista no Decreto nº 28/2010, o magistrado pode a qualquer momento do processo judicial convidar as partes para uma tentativa de conciliação, seja perante o próprio juiz, seja no âmbito de um processo de mediação perante um mediador (nesta hipótese, o art. 696-bis do CPC italiano seria um exemplo).³⁹⁸ A função conciliatória do juiz está prevista em diversos artigos do Código de Processo Civil, do Código Civil e de leis especiais.

*Art. 185 cpc. Tentativo di conciliazione. Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparazione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provicarne la conciliazione. (...) Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.*³⁹⁹

Triscari e Giovannoni ressaltam a dificuldade do juiz de avaliar o momento oportuno para oferecer o processo de mediação, principalmente, em razão do desconhecimento dos limites do poder de gerenciamento do magistrado. Antes da reforma do art. 185 do CPC, havia a previsão de um critério, que era a natureza da controvérsia. Poderia ser um critério vago, mas ao menos conferia um fundamento para a condução do processo, segundo os autores. A situação atual é de obscuridade com relação ao modo de conduzir as partes à mediação, uma vez que foi suprimido o critério da natureza da controvérsia, sendo que o sistema processual, ao estabelecer duas atividades distintas, a função de mediação e a judicial, não previu critérios para se determinar o processo mais adequado.

In altri termini: quando, almeno in astratto, era riconosciuta al giudice una funzione conciliativa endoprocessuale che doveva tenere conto della natura della controvérsia (presupposto che, como detto, non può che avere riguardo unicamente alla funzione própria del mediatore), la possibilità di procedere, in corso di giudizio, ad un tentativo extraprocessuale di

397 "L'avvocato è obbligato ad informare chiaramente e per iscritto il proprio cliente dell'esistenza del procedimento di mediazione 'a pena di nullità del contratto concluso con l'assistito'". MONTELEONE. *Op. cit.* P. 1.

398 TRISCARI; GIOVANNONI. *Op. cit.* P. 74-75.

399 ITALIA. Codice di Procedura Civile Esplicato e leggi complementari. Napoli: Gruppo Editoriale Simone, 2012

mediazione non poteva che essere vista come una inutile duplicazione delle medesima attività già compiuta.

Nel momento in cui, invece, si há avuto ben presente la diversità di funzioni (funzione di mediazione e funzione giudicante) e, soprattutto, dei presupposti per l'esercizio delle stesse, diventa efetiva e concreta la possibilità che il giudice del processo guardi allo strumento del tentativo di mediazione extraprocessuale come ad un ulteriore e valido percorso che le parti possono intraprendere, anche a giudizio instaurato.⁴⁰⁰

Diante da obscuridade de critérios, Triscari e Giovannoni sugerem alguns que podem ser adotados pelos juízes no encaminhamento de um caso à mediação, como a especificidade da mediação; a natureza da controvérsia, sendo que o critério mais relevante é o da vontade das partes.

Riassumendo, quindi, quanto sopra esposto, va detto che la possibilità per il giudice di rinviare le parti, nel corso del processo, dinanzi ad um terzo neutrale com la finalit  di compieri un'attivit  di mediazione tra le stesse al fine di agevolare il raggiungimento di um accordo amichevole,   sottoposta ad uma tr plice condizionale:

a) Che il giudice abbia piena consapevolezza delle potenzialit  dello strumento della mediazione stragiudiziale e della notevole diversit  di struttura del percorso di mediazione e della attivit  che il mediatore   chiamato a compieri;

b) che il giudice verifichi che la controversia abbia una particolare natura che la renda idonea ad essere posta all'attenzione del mediatore;

c) che le parti esprimano la propria volont  e, quindi, l'adesione al temporaneo arresto del processo civile proprio al fine di percorrere la strada della risoluzione alternativa della controversia.⁴⁰¹

Cabe ao magistrado avaliar o momento de convidar as partes a experimentar a mediação, e também escolher o tipo de mediação adequada para o caso concreto, apesar deste não restar expressamente previsto em lei. Isso porque a opção por um instrumento útil a determinada causa inclui a opção pelo procedimento mais adequado. Ademais, a Diretiva n  52/2008 previu no art. 3 , letra "a" a opção do procedimento pelo juiz.

Art. 3 

a) per «mediazione» si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o pi parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento pu  essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.

Pode-se afirmar que a contribui o do Decreto Legislativo n  28/2010 foi disciplinar a mediação extrajudicial, esta no sentido de o terceiro imparcial ser uma pessoa diversa do juiz, apesar de o encaminhamento ter sido realizado pelo

400 TRISCARI; GIOVANNONI. *Op. cit.* P. 82.

401 *Idem.* P. 84.

Judiciário. Outrossim, conferiu a padronização do procedimento, ofertando mais um instrumento às partes.⁴⁰²

*Il percorso – iniziato negli anni '90 del secolo scorso con la legge n. 580/1993 sul riordinamento delle camere di commercio – ha trovato un punto di arrivo importante nel d. legisl. n. 28/2010, che superando la logica dell'intervento settoriale che ha sino ad oggi caratterizzato l'operato del legislatore, pone una disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale.*⁴⁰³

3.2.4 Críticas ao Decreto Legislativo nº 28/2010

Giuliano Scarselli entende que a mediação não processualizada e independente, a qual emerge das Diretivas da Comunidade Europeia de 30 de março de 1998 (98/257/CE) e de 4 de abril de 2001 (2001/310/CE), difere da mediação introduzida pela Itália, que é sobressalente formal e nem sempre independente.⁴⁰⁴

O autor justifica a relativa independência pela possibilidade de em alguns casos não ser garantida a privacidade das declarações, posto que as informações obtidas no curso da mediação podem ser utilizadas no processo judicial, na hipótese prevista no art. 10. Além de tudo, a mediação é um procedimento sob o controle do Estado, visto que antes de a proposta ser apresentada pelo mediador, as partes serão advertidas das consequências em relação às custas, caso não acolham o acordo proposto.⁴⁰⁵

Art. 10

1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito

402 “Pertanto, la norma si limita a chiarire che la mediazione volontaria configurata e disciplinata nel suddetto decreto legislativo costituisce uno strumento in più a disposizione delle parti, al fine di trovare una soluzione stragiudiziale e negoziale di una controversia in atto; non è, evidentemente, precluso, né poteva essere diversamente, che le parti instaurino dei negoziati finalizzati a trovare un accordo risolutivo di una controversia”. *Idem*, p 88 Cf. BESSO. *Op. cit.* P. 254.

403 BESSO. *Op. cit.* P. 248.

404 SCARSELLI, Giuliano. La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno. *Judicium*, p. 1-8, [20--]. Disponível no endereço eletrônico <http://people.unica.it/carloplia/files/2013/12/scarselli.pdf>. Acesso em 20/04/2013.

405 “Art. 11. 1. Se e' raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale e' allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non e' raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.”

dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non e' ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

2. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, ne' davanti all'autorità giudiziaria ne' davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili.

O autor também alega ser processualizada a mediação, uma vez que o mediador possui uma função semelhante à do juiz, isto é, busca desvendar a verdade dos fatos ao nomear mediadores auxiliares com função de *expert*, podendo as partes produzir prova documental, redigir uma peça de defesa e memoriais (art. 3, 3º *comma*, art. 17, 2º *comma*). Seria uma espécie de procedimento denominado “pré-processual” utilizado como filtro ao processo judicial. Caso alguma parte não colabore para a solução do litígio nessa fase, será penalizada com custos maiores por ter optado pela função judicial.

Portanto, a mediação regulamentada pelo Decreto Legislativo 28/2010 não se trata de uma verdadeira mediação do ponto de vista técnico.

Ademais, o Decreto Legislativo nº 28/2010 confere competência ao mediador para fazer uma proposta de conciliação às partes, caso não tenham por si mesmo chegado a um acordo (art. 11).

No entanto, o Decreto é um tanto confuso quanto ao termo conciliação, ora prevendo como resultado da mediação, ora como uma negociação entre as partes sem a ajuda do mediador, pois no 1º *comma* dispõe que, na hipótese de o acordo não ser realizado, o mediador pode formular uma proposta de conciliação; já no 4º *comma* prevê que, no caso de a conciliação não ocorrer, o mediador forma uma processo verbal com a indicação de uma proposta.

Na opinião do autor, não é possível que o objeto da mediação seja diverso do objeto do processo judicial. A razão disso é que a proposta do mediador irá servir de parâmetro ao desfecho da lide levada em juízo, como a divisão das custas. Caso o objeto seja diverso, não será possível cumprir a finalidade do Decreto Legislativo, que é dificultar o acesso ao Judiciário.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ “Così, il d. lgs. 28/10, invece di attribuire al mediatore ogni più ampia libertà nell'individuare l'oggetto della possibile conciliazione, gli impone di muoversi entro il tracciato delle domande delle parti, limitando la funzione e pregiudicando in molti casi l'obiettivo che il sistema invece dovrebbe

Além disso, o art. 13 derroga o princípio da sucumbência previsto no art. 91 do CPC, já que se refere à despesa judicial, considerando o pagamento das despesas referentes ao período posterior à proposta formulada pelo mediador, mesmo para a parte vencedora em juízo, na hipótese de o provimento judicial ser idêntico à proposta do mediador.

1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

Sendo o princípio da sucumbência de âmbito constitucional, certamente o art. 13 é uma norma inconstitucional.

Portanto, entende Giuliano Scarseli que somente se preservando as características da mediação é que poderá o Legislador contribuir para a solução geral do contencioso civil italiano.

Humberto Dalla e Michele Paumgarten alegam que na Espanha a mediação tem sido bastante difundida como mecanismo de solução de conflito, mesmo sem a previsão da mediação obrigatória no Decreto nº 05/2012. Ademais, o sistema espanhol respeita o tempo das partes na mediação, sem atribuir um prazo para a conclusão do processo.⁴⁰⁷

A mediação também é popular na Inglaterra sem que o ordenamento britânico tenha previsto sua obrigatoriedade, havendo somente o encorajamento pelo sistema judiciário pelo uso desse instrumento (Rule 1.4).⁴⁰⁸ Neil Andrews enfatiza as

avere, e che è quello di giungere alla transazione della lite. Se si pensa, poi, che il tutto è fatto al fine di far conseguire ingiustificate sanzioni alla parte che non accetta la proposta di conciliazione, ci si convince come la cosa sia del tutto irrazionale". SCARSELLI, Op. cit. P. 5.

407 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: uma versão moderna del autoritarismo procesal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 6, v. 10, p. 210-225, jul./dez. 2012. Disponível no endereço eletrônico www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 25/11/2013. P. 118.

408 "(...) em decisão de maio de 2004, a *English Court of Appeal* limitou o poder da *High Court* de impor a tentativa de mediação aos litigantes, ao argumento de que obrigar partes que não desejem mediar a fazê-la constitui verdadeira obstrução ao direito de acesso à justiça. Na referida decisão, a corte consignou que um sistema compulsório de mediação ofende o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que protege o direito universal a um julgamento, em tempo razoável, por um tribunal independente e imparcial". PANTOJA, Fernanda Medina. Da

vantagens da mediação no sistema inglês, inclusive, em cotejo aos elevados custos judiciais, o que desencoraja as partes a prosseguirem por muito tempo no processo judicial.

As cinco vantagens principais da mediação, quando comparadas ao litígio, são discutidas a seguir. Primeiro, as partes podem selecionar o mediador; no processo, elas não podem escolher qual juiz será responsável pelo processo. Segundo, o processo de mediação é confidencial; o processo de litígio é público: audiências de instrução e julgamento e outras audiências também. Terceiro, a mediação oferece espaço para se moldarem soluções. Ao contrário, os tipos de ações nos procedimentos que correm perante as Cortes são restritos. A decisão em favor do autor normalmente resulta em vitória absoluta para a parte. Quarto, as partes de uma mediação que deu certo podem chegar a uma solução justa e amigável; poucos litigantes saem do tribunal como amigos, a menos que o julgamento tenha sido realizado por consenso e boa vontade. Por fim, a mediação pode economizar tempo e dinheiro, em comparação com muitas formas de procedimento no tribunal.⁴⁰⁹

Isto posto, assiste razão Michele Taruffo ao entender que na Itália a regulamentação da mediação pelo Decreto nº 28/2010 tem como principal propósito impor um instrumento de solução de litígio para dificultar o acesso ao processo judicial. Ao consistir num filtro ilegítimo, a mediação obrigatória da maneira como foi prevista pelo ordenamento italiano ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo na sua releitura, pois, ao invés de se estabelecer mais de um instrumento à disposição do jurisdicionado, a mediação será considerada a principal via para os casos previstos em lei. O processo judicial ainda representa um mecanismo de solução essencial num Estado Democrático de Direito, devendo ser utilizado quando falidas as tentativas preventivas.

4 MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo irá estudar a regulamentação da mediação no Brasil, analisando os projetos de lei que tratam da matéria, como também a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, normativo que consolidou a política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 190.

409 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 373.

4.1 Mediação no projeto do Novo Código de Processo Civil

O Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas⁴¹⁰, convocada pelo Ato nº 379/2009, para elaborar um Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. De acordo com o professor Luiz Fux, o anteprojeto teve como ideologia “conferir maior celeridade à prestação da justiça, no afã de cumprir a promessa constitucional da ‘duração razoável dos processos’”.⁴¹¹

Ao tramitar no Senado Federal, o anteprojeto foi convertido no Projeto de Lei nº 166/2010.

Em dezembro de 2010, o Senador Valter Pereira apresentou um projeto substitutivo, o qual foi aprovado pelo Pleno do Senado, sendo encaminhado para a Câmara dos Deputados e identificado como o Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Após algumas alterações, com substitutivos e emendas, o projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, retornando ao Senado Federal para a votação final.⁴¹²

Em 17/12/2014, o Senado Federal aprovou o Novo Código de Processo Civil, seguindo para veto da Presidência da República. Ressalta-se que entrará em vigor após um ano de sua publicação.⁴¹³

Assim como na Itália, o direito processual civil brasileiro foi submetido a 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

410 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.

411 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. 1.

412 DIDIER JR., Fredie; WAMBIER. *Teresa Arruda Alvim. Novo Código de Processo Civil conseguiu raro consenso de processualistas*. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/cpc-raro-consenso-processualistas>. Acesso em 09/06/2014.

413 Notícia veiculada no endereço eletrônico <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/senado-conclui-votacao-do-novo-codigo-de-processo-civil.html>. Acesso em 02/01/2015

razão de causas como a permanência do excesso de formalidades, a litigiosidade desenfreada e a previsão excedente de recursos.⁴¹⁴

No que se refere à disciplina da mediação, o NCPC prevê regras somente para a mediação realizada na estrutura do Poder Judiciário, o que não exclui a possibilidade de realização de mediação privada ou aquela conduzida por algum ente público (art. 176).⁴¹⁵

Vale frisar que o 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.

Há, no projeto, 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.⁴¹⁶

O PL nº 8.046/2010 estabeleceu os princípios que devem nortear a mediação, inovando quanto aos princípios da normalização do conflito e da decisão informada.

Art. 167. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Contudo, o Senado Federal aprovou o NCPC prevendo os princípios da mediação nos seguintes termos:

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.

No que se refere à função de mediar, 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

414 FUX. *Op. cit.* P. 4-6.

415 As regras referentes aos mediadores estão previstas do art. 166 a 176 do PL nº 8.046/2010. Disponível no endereço eletrônico: www.camara.gov.br. Acesso em 11/06/2014.

416 CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In: FREIRE, Alexandre (et. al.). *Op. cit.* P. 197.

formar uma opinião preconcebida sobre o caso, inviabilizando uma análise imparcial da produção de provas, por exemplo.

Acrescenta-se, ainda, que a mediação se trata de uma atividade singular, a qual se baseia na confiança das partes no mediador e na utilização de técnicas próprias para a obtenção do acordo. Desse modo, o mediador não deve ser a autoridade pública, como o juiz, o promotor, o defensor ou o advogado público, doutrinado para atuar num ambiente formal e a enxergar o caso somente pelo aspecto jurídico.

Por sua vez, no afã de compor o litígio mediante a realização de concessões no bojo da decisão judicial, a autoridade pública 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.⁴¹⁷

A realização da atividade por mediador profissional não deve ser entendida como perda de poder do juiz. É importante compreender, principalmente nos dias atuais, que o magistrado possui a relevante função de tutelar a lei. Caso contrário, se a função do juiz não for enfatizada nesse sentido, a ordem jurídica estará seriamente ameaçada.

417 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 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 em um sistema jurídico romano-germânico, em que a jurisprudência ainda não se encontra consolidada. Como anota Lúcio Delfino, a 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 entretãos psicológicos e idiosincrasias de difícil identificação. O relevante era o resultado decisório pronunciado pelos juizes, 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*. Salvador: JusPodvm, 2014. V. 3. P. 243, 249 e 250.

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.⁴¹⁸

Parece que esse também foi o entendimento do legislador, conforme o disposto a seguir:

Art. 331 § 1º. O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

No que se refere aos meios consensuais, o Projeto de Lei nº 8.046/2010 inicialmente ampliava a função do juiz, reforçando o seu poder de direcionamento do processo, visando com isso a condução das partes para um procedimento mais adequado para a solução da lide (art. 339, parágrafo único).

Parágrafo único. Logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial de terceiro.

Todavia, após a apresentação do substitutivo pela Câmara dos Deputados, a norma do art. 339, parágrafo único foi alterada de forma que as partes optem pelo procedimento mais adequado com a participação do juiz. O magistrado terá uma função acessória de supervisionar a convenção, verificando a existência de nulidade ou de prejuízo a uma das partes em razão de sua vulnerabilidade.⁴¹⁹

418 MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles 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. 186-187.

419 "A concretização do direito fundamental de acesso à justiça, e mais especificamente da posição jurídica de tutela adequada em seu âmbito de proteção, implica, como se deduz dos ensinamentos de Comoglio, Ferri e Taruffo, na possibilidade de obter do juiz um provimento adequado à natureza da situação subjetiva tutelável, com elasticidade e diversidade de formas de tutela em razão das características variáveis dos direitos ou interesses deduzidos na ação e na relevância garantística das formas de tutelajurisdicional em prol de uma proteção concreta máxima possível. O problema é que há um natural descompasso entre as necessidades das diversas situações de direito material e da vida e aprevisão, na legislação, de enunciado normativo contendo a totalidade de técnicas e meios processuais capazes de conferir ao procedimento potencialidade plena para um prestação jurisdicional efetiva, adequada, justa e

Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

§ 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Embrionariamente, a versão prevista no PL nº 166, de 2010, no art. 107, inciso V, admitia mais amplamente a adequação do procedimento pelo juiz. Ocorre que o dispositivo foi alvo de diversas críticas e, por isso, não constou do substitutivo aprovado no Senado. O enunciado proposto pelo PL 8.46/2010 admite a adaptação procedimental, porém, não como um resultado de um ato unilateral do juiz.

Art. 170 (PL nº 166/2010). O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

A Comissão de Juristas nomeada pela Câmara dos Deputados⁴²⁰ distinguiu no art. 166, §§ 3º e 4º a conciliação da mediação, sendo que naquela o conciliador “pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.⁴²¹

Cada mediador terá um registro que conterá informações sobre a atuação do profissional, como “o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito”.⁴²² Essas informações serão utilizadas para estatística (art. 167).⁴²³

tempestiva. E para um decisão final ser acertada, efetiva e adequada há situações que exigem uma correspondente adequação do procedimento às necessidades do conflito”. MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento. In: FREIRE, Alexandre (et. al). *Op. cit.* P. 152-153.

420 Comissão de Juristas – auxílio técnico à Câmara dos Deputados: Fredie Didier Jr., Alexandre Freitas Câmara, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Arruda Alvim, Marcos Destefenni, Sérgio Muritiba e Dorival Pavan.

421 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no direito brasileiro*. Texto cedido pelo autor, p 5. De acordo com o PLS 166/10, os mediadores deveriam estar inscritos nos quadros da OAB. Todavia, com as alterações subsequentes, qualquer profissional pode ser mediador.

422 *Idem*.

423 Cabe ressaltar aqui o entendimento de Leonardo Greco acerca das conclusões superficiais que se pode obter a partir da simples análise das estatísticas. Cf. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp

Com relação ao compromisso ético dos mediadores, o Tribunal poderá instaurar processo administrativo disciplinar para investigar alguma conduta infracional do mediador (art. 173, §2º).

Outra novidade introduzida pelo PL nº 8.046/2010 trata da instalação de tribunais anexos, os quais comportarão estrutura para a realização de mediações judiciais.

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.

A regulamentação da mediação no Código de Processo Civil – com a previsão de princípios norteadores do instrumento e de regras que garantem ao jurisdicionado maior segurança e respeito à dignidade humana na condução da mediação, como o afastamento temporário do mediador e a instauração de processo administrativo disciplinar – configura-se numa medida positiva no sentido de estimular a prática da solução consensual no âmbito do Judiciário.

Entretanto, num contexto de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a institucionalização da mediação não pode significar o monopólio pelo Judiciário desse mecanismo de solução de conflito. Cabe ao Estado igualmente encorajar a mediação privada, onde a autonomia da vontade realiza-se plenamente, ao invés de oferecer em primeira via esse serviço judicial. Considerando seu papel subsidiário na solução dos conflitos, no futuro o Judiciário deveria oferecer a mediação judicial como cláusula de reserva em relação aos meios privados, sob pena de asoberbar os tribunais anexos e impossibilitar a oferta de um serviço de qualidade.

4.2 Projeto de Lei nº 4.827/98

Sob influência da legislação argentina, nos anos de 1990, o Brasil passou a ter interesse maior na mediação, sendo que no âmbito do Legislativo foi elaborado o Projeto de Lei nº 4.827/98 pela deputada Zulaiê.

278 e 279. Humberto Dalla também enfatiza que o número de realizações de acordo por mediador pode não significar propriamente um bom desempenho do profissional. Ademais, a busca de resultados rápidos contradiz com a mediação, que tem como fim a preservação do vínculo entre as partes. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no direito brasileiro*. Texto cedido pelo autor. P. 6.

Em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e encaminhado para o Senado Federal, o qual passou a ser identificado como o PLC 94/2002. Todavia, como foram apresentados projetos de lei referentes a um novo Código de Processo Civil, elaborou-se outro relatório do PL 94/2002.

O projeto inicial da deputada Zulaiê foi substancialmente alterado pela Emenda nº 1-CCJ do Senado. Após o retorno do PL à Câmara dos Deputados, o processo legislativo não teve prosseguimento até 2013, quando outros projetos de lei foram apresentados no Senado Federal.

Em sua última versão, o PL tinha como propósito regulamentar todas as espécies de mediação, seja prévia ou incidental, seja judicial ou extrajudicial.

A proposta mais polêmica do PL foi a previsão, no art. 34, da mediação obrigatória incidental no processo de conhecimento, exceto nas seguintes hipóteses: ação de interdição; autora ou ré pessoa jurídica de direito público e o objeto versar sobre direito indisponível; ação de falência, de recuperação judicial e de insolvência civil; ação de inventário e de arrolamento; ação de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo juizado especial ou pela arbitragem; ação cautelar; quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação.

4.3 Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010

Antes da elaboração da Resolução nº 125/2010, alguns Tribunais brasileiros implementaram experiências relacionadas à solução consensual do litígio, sem comprometimento com o uso da mediação propriamente dita.⁴²⁴

Foi a partir da concepção do Conselho Nacional de Justiça⁴²⁵ que o Movimento

424 Pretendendo aliviar a carga de processo, os Tribunais desenvolveram programas, incentivando o uso dos meios alternativos de conflito, principalmente por meio de mutirões de conciliação em processos referentes ao Sistema Financeiro da Habitação.

425 Constituição Federal. Art. 103-B §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Nacional pela Conciliação foi iniciado, além do Projeto Justiça Virtual, no período de 2006 a 2008.⁴²⁶

A elaboração da Resolução nº 125/2010 foi decorrência da implementação pelo CNJ de um novo papel para o Judiciário, conforme pode ser observado na Resolução CNJ nº 70/2009, a qual estabeleceu que “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário”⁴²⁷.

Cabe frisar que o CNJ foi criado no contexto da Reforma do Judiciário, a partir da promulgação da EC nº 45/2004, que teve como principal mote a eficiência à prestação da tutela jurisdicional.⁴²⁸

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

426 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: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 75-76.

427 Resolução nº 125/2010.

428 “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

Desse modo, o CNJ publicou a Resolução nº 125/2010, entendendo possuir competência para estabelecer “política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”⁴²⁹.

De acordo com Kazuo Watanabe, a Resolução nº 125/2010 está criando um filtro da litigiosidade, não para restringir o acesso à justiça, e sim para assegurar “aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa”⁴³⁰.

De acordo com Fabiana Spengler, essa política pública tem como escopo principal oferecer um serviço público de qualidade ao jurisdicionado.⁴³¹

A respeito do conteúdo normativo da Resolução nº 125/2010, foi previsto que o programa terá a participação de todos os órgãos do Poder Judiciário e de parceria com entidades pública e privada, como universidades e instituições de ensino.

Além disso, estabelece a Resolução acerca das atribuições do CNJ, como a edição de diretrizes da política pública; o desenvolvimento de conteúdo programático mínimo para capacitação dos servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores; a elaboração de um Código de Ética para a atuação dos profissionais mencionados; o exercício da gestão junto às agências reguladoras de serviços públicos, bem como o incentivo junto aos entes públicos da conciliação, principalmente nas causas já sedimentadas pela jurisprudência.

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 consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental”. WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 381-389, maio 2011. P. 381.

429 MORAES; LORENZONI. *Op. cit.* P. 74.

430 *Idem.*

⁴³¹ “Por conseguinte, a mediação e a conciliação enquanto políticas públicas são alternativas que pretendem mais do que simplesmente desafogar o judiciário diminuindo o número de demandas que a ele são direcionadas. O que se espera delas é uma forma de tratamento dos conflitos mais adequada, em termos qualitativos.” SPENGLER, Fabiana Marion. *Retalhos de Mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. P. 75.

Também prevê a Resolução que os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que serão compostos por juízes da ativa, aposentados e servidores. Tais Núcleos serão responsáveis pela instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, onde serão realizadas as sessões de mediação e de conciliação. Ademais, os Núcleos deverão promover a capacitação dos servidores, magistrados e mediadores, dentre outras atribuições.

Os Centros deverão atender os juízos da área cível, fazendária, previdenciária, de família e dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, que além da audiência de conciliação e mediação, deverão orientar o cidadão.

Cada Centro contará com um juiz coordenador – escolhido pelo Presidente de cada Tribunal – a quem caberá administrar e supervisionar os serviços dos conciliadores e dos mediadores. Serão três os setores em cada unidade dos Centros: setor de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania. O anexo II da Resolução sugere um procedimento, que os Tribunais terão a faculdade de adotar ou não.

Os mediadores e os conciliadores que atuarão nos Centros deverão ser admitidos na forma do anexo I da Resolução, além de participar de curso de capacitação antes da sua instalação. A preocupação com a qualidade do serviço percebe-se com a exigência de reciclagem permanente e com a avaliação do serviço pelo usuário.

Ressalta-se que o curso de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento deve seguir a programação mínima estabelecida pelo CNJ, inclusive com relação à carga horária.

A Resolução também determinou que outros programas similares realizados pelos Tribunais não fiquem prejudicados, cabendo adaptá-los, caso necessário.

Relevante destacar que o projeto do novo CPC incorporou as normas da Resolução nº 125/2010. Leonardo Carneiro da Cunha e João Lessa de Azevedo Neto afirmam que ao “dar dignidade legal e codificada a tais disposições, há um aprofundamento e solidificação do uso dos meios consensuais de resolução de

disputas, para que cada conflito seja resolvido pelo mecanismo mais adequado, conforme suas próprias peculiaridades”.⁴³²

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

4.4 Projetos de Lei do Ministério da Justiça e do Senado Federal

Após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010 e com a perspectiva de um novo Código de Processo Civil, o Senador Ricardo Ferraço apresentou o projeto de lei nº 517/11, visando regulamentar a mediação judicial e a extrajudicial. O referido projeto de lei foi resultado da colaboração de grupo de trabalho formado pelos professores Humberto Dalla, Tricia Navarro e Gabriela Asmar.

Com relação ao PL nº 4.827/98, o PL nº 517/11 destaca-se pelo uso de conceitos modernos, pela introdução da mediação posterior (art. 5º), pela alteração de critério entre mediação judicial e extrajudicial⁴³³ e pela supressão da mediação obrigatória (art. 8º, §2º). Também foi introduzida a possibilidade de se converter a mediação em audiência de conciliação, em comum acordo com as partes.

Além do PL nº 517/11, uma comissão presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão encaminhou ao Senado anteprojeto para a nova Lei de Arbitragem e Mediação, o qual tramita no Legislativo sob o nº 405/2013.

Ao contrário do PL nº 517/11, o PL nº 405/13 trata tão somente da mediação extrajudicial, física e eletrônica (*on line*).

Como objeto de mediação, o PL nº 405/13 abrangeu apenas aquelas matérias que admitem composição, e, quando envolve direito indisponível, deve ser submetida à homologação judicial. Se houver interesse de incapaz, será necessária oitiva do Ministério Público antes da homologação judicial (art. 2º).

432 CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodvm, 2014. V. 3. P. 199.

433 Art. 6º. “A mediação será judicial quando os mediadores forem designados pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes escolherem mediador ou instituição de mediação privada”.

No que se refere aos efeitos da composição, o PL nº 405/13 estabelece que o termo final da mediação, firmado pelas partes, seus advogados e pelo mediador, constitui título executivo extrajudicial. Cabe ressaltar que as partes poderão convalidar o ato em título executivo judicial, requerendo a homologação judicial do acordo.

No mesmo ano de 2013, o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça formaram uma comissão de especialistas para apresentação de anteprojeto de mediação judicial, extrajudicial, pública e *on line*, originando no PL nº 434/2013. Nota-se que o PL procurou consolidar as normas da Resolução nº 125/2010 em consonância com o projeto do novo CPC.

Dentre as regras propostas, o anteprojeto ampliou o objeto da mediação, prevendo sua adequação tanto para os direitos disponíveis, quanto para os indisponíveis que admitam transação, sendo que, para esses últimos, será exigida oitiva do Ministério Público e homologação judicial. De acordo com o art. 27, §3º, “obtido consenso, a petição inicial, acompanhada do respectivo termo de mediação, será encaminhada pelo mediador ao juízo, que o homologará, desde que requerida a homologação por ambas as partes”.

Contudo, o PL nº 434/2013 não admitiu a mediação para os conflitos que versem sobre: 1) filiação, adoção, poder familiar e invalidade de matrimônio; 2) interdição; 3) recuperação judicial e falência; 4) medidas cautelares.

Ademais, o PL nº 434/2013 previu a comediação, quando, “a pedido das partes ou do mediador e em razão da natureza ou complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta de outros mediadores” (art. 9º).

Diferentemente dos demais projetos de lei, o PL nº 434/2013 determinou algumas exceções para o dever de confidencialidade, nas seguintes hipóteses: 1) por dispensa expressa de todas as partes; 2) quando a mediação envolver o Poder Público na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, ressalvadas as hipóteses de segredo de justiça; 3) na hipótese de o mediador receber informações acerca de um crime ou da iminência de um crime e nos atos de improbidade e de infração administrativa (art. 18).

Assim como no PL nº 405/2013, a presença do advogado é facultativa.

Considerando que o PL nº 405/2013 regulamentou somente a mediação extrajudicial, omitiu-se o prazo de conclusão do procedimento de mediação. Ao invés

disso, o PL nº 434/2013 previu o prazo de 60 dias para a conclusão do instrumento, podendo as partes requererem sua prorrogação. Tendo em vista que a mediação judicial abrange mediadores à disposição do Judiciário, não é razoável que o procedimento de mediação transcorra por tempo indeterminado.

Com o intuito de promoção do instrumento de mediação, o PL permitiu que os Tribunais isentassem as partes no pagamento de custas processuais, na hipótese de obtenção do consenso (art. 28) e reduzisse o custo quando comprovada a tentativa de mediação extrajudicial prévia (art. 31).

Ambos os PLs 405/13 e 434/13 previram a mediação pública, que é a submissão à mediação do litígio envolvendo o Poder Público. O PL nº 434/2013 estabeleceu, porém, que a submissão do conflito à mediação deve ocorrer de preferência antes do advento da ação judicial (art. 35).

Por último, o PL nº 434/2013 determinou que as normas previstas aplicam-se a outras formas consensuais de resolução de conflito, tais como mediação comunitária, escolar, trabalhista, fiscal, penal, dentre outras.

Em novembro de 2013 o Legislativo realizou audiências públicas para discutir os três projetos de lei e debater as principais questões polêmicas.

Ao fim do processo legislativo, o Relator do PL nº 517/11 apresentou substitutivo, visando reunir as melhores propostas dos projetos de lei, que culminou no texto final aprovado pelo Senado, seguindo para a Câmara dos Deputados.

Assim sendo, observa-se que os mais recentes projetos de lei buscaram regulamentar a mediação sem violar o princípio da autonomia privada, não havendo previsão expressa da mediação obrigatória, embora o art. 339, parágrafo único do projeto de lei do novo Código de Processo Civil disponha que o juiz poderá encaminhar as partes para a mediação.

Entretanto, ao interpretar a norma supramencionada com a do art. 191 do projeto do NCPC, a qual prevê que a adequação do procedimento deve ser realizada pelo juiz em conjunto com as partes, conclui-se que o ordenamento não permite a opção unilateral pelo juiz na direção do processo, devendo as decisões serem tomadas num ambiente cooperativo e dialógico.

Desse modo, o critério de escolha pela via da mediação não será *ope judicis*, posto que será uma questão a ser dirimida em conjunto do juiz com as partes.

Em cotejo com a legislação italiana, os projetos de lei nacionais não cometem o desacerto de tornar o procedimento excessivamente formalista, visando com isso um ambiente o mais informal possível, além de possibilitar o uso de técnicas de negociação nas audiências. Nesse aspecto, a qualificação dos mediadores é o diferencial para a consolidação do meio autocompositivo.

Destaca-se que a mediação prevista nos projetos brasileiros tem como função somente facilitar o acordo, ao contrário do ordenamento italiano, que prevê a possibilidade de apresentação de proposta pelo mediador. Aliás, a proposta do mediador é a pedra de toque do sistema, uma vez que o controle estatal sobre o acordo e os efeitos financeiros da demanda estão interligados à aceitação pelas partes da proposta do mediador. Na Itália, não basta que as partes tenham tentado o acordo, é preciso submeter-se a uma outra fase, que é a aceitação ou não da proposta do mediador.

Não obstante a ausência de promoção da desjudicialização das demandas, o Poder Judiciário poderá atuar subsidiariamente ao conferir a presença do interesse de agir, mediante a análise de tentativas anteriores pelas partes de solução consensual do conflito, com base na ideia da racionalização do acesso à justiça para o alcance da efetiva ordem jurídica justa, além de considerar que não detém o monopólio da composição de litígio. Num ambiente processual cooperativo e transparente, poderia o Judiciário apresentar às partes uma listagem de instituições privadas que promovem métodos autocompositivos de solução de controvérsia ou encaminhar os jurisdicionados ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para que recebam assessoria a respeito do encaminhamento da lide a um meio privado de solução de conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, estudou-se a prevalência de um método de composição de litígio num país ou numa região como um aspecto cultural da sociedade e não como um elemento dogmático do Direito.

Considerando que os meios de solução de conflito são produtos culturais, concluímos que a cultura está integrada ao Direito. Logo, ao se aplicar o Direito, o

componente da cultura deve ser considerado como limite na implementação de políticas públicas de tratamento de conflito.

A partir de estudos de Oscar Chase, Boaventura Sousa Santos e Michele Taruffo, afirmou-se no primeiro capítulo que novos instrumentos de solução de conflito, institucionalizados mediante uma política estatal, não devem ser impostos ao jurisdicionado. Caso o Estado estabeleça a obrigatoriedade da mediação, além de violar a cultura de uma sociedade, poderá conceber um ambiente desfavorável para a realização de acordos, sem considerar a violação ao acesso à justiça e aos demais princípios que preservam a autonomia do indivíduo.

No segundo capítulo foi apresentada uma proposta de releitura da jurisdição e do princípio da inafastabilidade – considerando possuir o instituto um conceito em evolução – doravante o rompimento do Estado com sua concepção tradicional para o pós-moderno, calcado em ideais neoconstitucionais e pós-positivista, os quais valorizam a solução efetiva do litígio e não somente a aplicação correta do direito objetivo, para incluir a mediação, método autocompositivo, dentre as funções do Judiciário.

Desse modo, propõe-se no presente trabalho a ampliação da função jurisdicional para soluções de litígios utilizando-se de técnicas de mediação, as quais não têm como escopo a correta tutela do direito objetivo. No entanto, a atividade de mediação deve ser exercida por profissional especializado, da confiança das partes, e não por autoridade pública, cuja função típica é atuar a vontade da lei. Além disso, a divisão de tarefas garante a permanência do método adjudicatório ao jurisdicionado que não pretende se submeter a algum método autocompositivo de solução de conflito.

Em que pese a mediação ainda não ter sido regulamentada em lei, a prática dessa via consensual vem sendo utilizada pelos tribunais brasileiros desde meados de 2004, mediante estabelecimento de programas e mutirões para determinados tipos de conflitos, como processos que envolvem disputas sobre o Sistema Financeiro de Habitação.

Com o advento da cultura pós-positivista e a partir da influência neoconstitucional, superando-se paradigmas do pensamento jurídico clássico, para inserir valores e outras ciências ao Direito, o Judiciário passou a exercer funções que se distanciavam do conceito oitocentista de jurisdição. Se, no período do Estado

tradicional, o Judiciário tinha o método adjudicatório como único instrumento de solução de litígios, a partir do Estado pós-moderno foram desenvolvidos métodos autocompositivos, de modo que a função judicial ampliou-se para solucionar conflitos e não somente para tutelar o direito objetivo.

Cabe frisar, porém, que não foi apenas o Poder Judiciário que contribuiu para a expansão da jurisdição, provocando, assim, a releitura do princípio da inafastabilidade.

O Estado-Administrador, visando aprimorar a atuação do Judiciário em procedimentos com a utilização de métodos autocompositivos, estabeleceu uma política pública de tratamento de conflito, a qual culminou na publicação da Resolução nº 125/2010, ato normativo que regulamentou tais instrumentos no âmbito do Poder Judiciário. Além disso, o Ministério da Justiça e o CNJ instituíram uma comissão de juristas para elaborar anteprojeto de lei que disciplina a mediação judicial, extrajudicial, pública e *on line*, que ao tramitar pelo Legislativo foi denominado como o PL nº 434/2013.

Também pode ser citada a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem no âmbito da Advocacia-Geral da União como uma atenuação do monopólio da jurisdição pelo Judiciário.

Outrossim, o Poder Legislativo vem implementando reformas visando a promoção de métodos autocompositivos no Judiciário ou a desjudicialização do direito, como a penhora *on line* mediante convênio com o Banco Central; o rito do Juizado Especial (Lei nº 9.099/95 e 10.259/2001); a separação consensual e inventários realizados pelos Tabelionatos quando não houver herdeiro menor ou incapazes (arts. 982, 1.031, 1124-A do CPC), e, mais recentemente, vem contribuindo com a elaboração de projetos de lei que disciplinam a mediação judicial e extrajudicial.

Depreende-se, assim, que mediante uma implementação de projetos e de reformas normativas nas esferas de Poder, a jurisdição não tem como propósito apenas a tutela do direito objetivo, visto que tanto o Judiciário quanto a Administração Pública aplicam métodos autocompositivos na composição de litígios. Ademais, várias medidas empreendidas pelo Poder Público atenuaram o monopólio da jurisdição pelo Judiciário, como a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU e a elaboração de projeto para a desjudicialização da execução fiscal.

Considerando que o conceito de jurisdição é oscilante conforme o contexto temporal e local, é inconcebível o direito processual pátrio interpretar o princípio da inafastabilidade como o monopólio estatal da jurisdição na aplicação da vontade da lei. Conforme foi demonstrado, a transformação do Estado, de centralizador das relações sociais para uma atuação subsidiária, tem como resultado uma série de desdobramentos, como o desenvolvimento de canais privados de solução de conflito; a competência do Judiciário como cláusula de reserva e o exercício da jurisdição pela Administração Pública.

Além disso, a releitura do princípio, a partir de uma concepção neoconstitucional e pós-positivista do Direito, fundamenta o uso de métodos autocompositivos pelo Judiciário, uma vez que a pacificação do conflito passou a ser um dos propósitos do Estado pós-moderno.

Considerando a expansão da função jurisdicional na prática forense e, por conseguinte, a evolução do conceito, apresentamos no mesmo capítulo novos elementos para tutela jurisdicional contemporânea, como o fim da oposição entre jurisdição e método autocompositivo e do término da concepção única de jurisdição de direito. Também é destacado como característica da tutela jurisdicional contemporânea a consagração do processo colaborativo, de modo que as partes e o juiz atuem cooperativamente, sem a ocorrência de surpresas.

Outra questão abordada no trabalho é a racionalização do acesso à justiça para o alcance da efetiva prestação da tutela jurisdicional. Apesar de o Estado estabelecer políticas públicas para proporcionar a celeridade processual, não se vislumbra a possibilidade de o efeito ser inverso. Se, antes da institucionalização da mediação e de outros métodos autocompositivos, poucos demandavam muitas ações judiciais, a partir da implantação de um sistema mais informal, cooperativo e que promete restabelecer relações, a demanda pelo Judiciário será ainda maior, vez que existe uma parcela da sociedade que não judicializa violações de direito, como algumas categorias de profissionais ou agentes do mercado.

A técnica que poderá ser utilizada pelo Judiciário para exercer sua função subsidiariamente seria analisar efetivamente as condições da ação, mais precisamente, o interesse de agir, cabendo ao autor da ação demonstrar que procurou solucionar o conflito antes de ingressar em juízo. Se o entendimento que prevalece hoje é do monopólio estatal da jurisdição, como poderia o Judiciário

compreender o direito de ação do jurisdicionado não como um dever para si? Evidente que, paralelamente a essa mudança de paradigma, é necessária a promoção dos meios privados de solução de conflito, que pode ocorrer com a colaboração dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, órgãos do Poder Judiciário também com a competência de assessorar o cidadão, além de incentivos econômicos, relacionados às custas judiciais.

No terceiro capítulo, identifica-se a mais recente regulamentação da mediação na União Europeia e na Itália, a fim de constatar a tendência internacional de novos instrumentos de composição de litígios e averiguar a possibilidade de alguma contribuição para o ordenamento interno.

Além do aspecto da morosidade da prestação da tutela jurisdicional, os países membros da União Europeia enfrentam questões que dificultam o acesso aos tribunais, como o elevado custo do processo e conflitos de ordem transnacional, principalmente em matéria de direito do consumidor. A trajetória adotada para enfrentar os obstáculos mencionados foi uma política pública de valorização da mediação, a qual culminou com a publicação da Diretiva 2008/52/CE, que tem como escopo garantir o amplo acesso à justiça mediante a promoção de institutos processuais extrajudiciais, bem como implementar uma política de cooperação judiciária, sem prejuízo da disciplina da mediação em âmbito nacional.

Embora a União Europeia tenha incentivado o uso da mediação pelos países membros, um encontro realizado em setembro de 2011 pontuou o baixo impacto da Diretiva em alguns países, denominada a fraca expansão da mediação pelo Parlamento Europeu como o *EU Civil and Commercial Mediation Paradox*.⁴³⁴

Recente estudo empreendido pelo Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho da União Europeia analisou esmiuçadamente a legislação e a opinião de *experts* de aproximadamente 28 países membros, para identificar o motivo pelo qual a mediação vem sendo realizada inexpressivamente, em comparação com as demandas judiciais. Ao fim, o Parlamento reconheceu que não basta regulamentar o instrumento, é preciso efetuar políticas públicas promocionais, bem como implementar a mediação obrigatória, considerando o resultado obtido a partir do diagnóstico efetuado na Itália, que revelou alto índice de mediações, ao lado da

434 MARIAN, Cornel. *Beyond the EU Directive on mediation: solving national problems at a national level*. Disponível no endereço eletrônico: <http://kluwermediationblog.com/2011/12/17/beyond-the-eu-directive-on-mediation-solving-national-problems-at-a-national-level/>. Acesso em 27/06/2014.

Alemanha, da Holanda e do Reino Unido, que, ao contrário da Itália, possuem tradição em métodos autocompositivos.

Todavia, a pesquisa quanto à estimativa de mediações realizadas nos Estados membros não se referiu à efetiva solução da controvérsia, ou seja, a quantidade de mediações praticadas pode ter como fundamento somente a obrigatoriedade na participação do procedimento. Giovanni Matteuci, por exemplo, apresentou dados oficiais que identificaram maior êxito nas mediações realizadas nas Câmaras de Comércio italianas, as quais não preveem a mediação obrigatória, sequer a formulação de proposta pelo mediador. Um dos fatores que propiciam a realização de mediação nas Câmaras é atribuído aos incentivos econômicos previstos para aqueles que se submetem a esse método autocompositivo.

Ao implementar a Diretiva 2008/52/CE, a Itália ultrapassou o protótipo idealizado pelo Parlamento Europeu para obrigar não somente a participação das partes em uma audiência de mediação, mas também persuadi-las em aderir à proposta do mediador, para evitar, com isso, o aumento do custo do processo ao final da demanda judicial. Outra previsão de duvidosa constitucionalidade trata da possibilidade do juiz inferir argumentos de prova a partir da recusa injustificada da parte de se submeter à mediação. Essa postura agressiva do Legislador de implementar a mediação na Itália está relacionada a um passado de tentativas frustradas de reformar o sistema processual, que ainda não deixou de ser lento, complexo e formal.

A partir do estudo da experiência da União Europeia e da Itália, conclui-se que, não tendo o país tradição na prática da mediação, não basta regulamentar o instrumento, é preciso estabelecer políticas públicas promocionais, como os incentivos econômicos. Outrossim, a previsão da mediação obrigatória na legislação propicia somente o aumento do número de mediações realizadas, contudo, não indica se os conflitos estão sendo efetivamente solucionados.

No quarto e último capítulo, analisamos o marco legal da mediação.

No que se refere à promoção de instrumentos privados para a solução de litígios, o projeto do novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/2010) restringiu-se a prever que a disciplina da mediação judicial não obsta a mediação privada ou a mediação conduzida por ente público. Apesar de não promover a mediação privada,

o projeto concedeu o primeiro passo para a mudança de paradigma do monopólio estatal da jurisdição.

Ademais, contribuiu para o método autocompositivo ao instituir a mediação como meio integrado de solução de conflito, o que possibilita a valorização do instrumento em paridade com o método adjudicatório. Também se pode afirmar que a previsão do princípio estrutural da cooperação no projeto propicia a edificação no Judiciário em um ambiente mais informal e humanizado, facilitando o encaminhamento e o desfecho favorável dos métodos autocompositivos.

Além disso, o projeto do novo Código de Processo Civil engrandece o trabalho do mediador profissional, ao prever que as audiências de mediação devem ser conduzidas por mediadores (art. 166, § 2º). Ao prever que a mediação deve ser realizada por profissionais especializados, o Legislador reforçou que a função do juiz não é realizar concessões ou decidir por equidade, mas sim tutelar o direito objetivo.

O projeto do NCPC também previu a instalação de tribunais anexos, que comportarão estrutura para a realização de mediações judiciais.

O projeto de lei nº 517/2011 destacou-se pela supressão da mediação obrigatória, o PL nº 405/2013 pela regulamentação da mediação extrajudicial, e o PL nº 434/2013, com forte disciplina na mediação judicial, pela ampliação do objeto da mediação, podendo submeter ao método autocompositivo também os direitos indisponíveis que admitam transação; pela previsão da comediação; pela exceção ao dever de confidencialidade; pela previsão do prazo de 60 dias para a conclusão da mediação, com direito a prorrogação.

Diferentemente dos demais projetos, o PL nº 434/2013 previu medidas promocionais da mediação, permitindo que os tribunais isentassem as partes no pagamento de custas processuais, na hipótese de acordo, e reduzisse o custo quando comprovada a tentativa de mediação extrajudicial prévia. Tais medidas contribuem para a valorização do uso de outros mecanismos de solução de litígio, os quais estão pautadas na releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Isto posto, demonstramos que a institucionalização da mediação no Judiciário é uma medida que se fundamenta na concepção do Estado pós-moderno, e que, por conseguinte, resulta num entendimento inovador de jurisdição. Outras medidas de iniciativa do Estado-Administrador e do Estado-Legislator também contribuíram para

a releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao atenuar o monopólio da jurisdição pelo Judiciário.

A partir da releitura do princípio constitucional mencionado, medidas de desjudicialização do direito e de reforço das condições da ação podem ser implementadas pelo Estado. Não obstante, cabe reforçar o entendimento de que a cultura também é um componente do Direito e, dessa maneira, funciona como um freio para o Estado ao estabelecer políticas públicas de tratamento de conflito. Além disso, os filtros de contenção de litigiosidade não podem obstar ilegitimamente o acesso ao Judiciário, conforme explanado no trabalho.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Procuradores demonstram necessidade de prévio requerimento administrativo antes de ingressar com ação judicial para solicitar benefício*. Brasília, 4 jun. 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/191467>. Acesso em: 25 nov. 2013.

AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AUERBACH, Jerold. Justiça sem direito. In: AZEVEDO, Andre Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. V. 4, p. 43-61.

ÁVILA, Eliedite Mattos. Mediação Judicial e Extrajudicial: aspectos sociais e jurídicos. *Revista dos Tribunais*, [S.l.], v. 101, n. 916, p.190-204, fev. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controles das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Belo Horizonte, [2014]. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. 3: O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/la-mediazione-italiana-definizioni-e-tipologie>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BIERI, Isabelle. *La iustice est-elle une médiation alternative? Justice et médiation, quelle alternative?*. Conférence donnée à l'IUKB, Oct. 2006. 26 p. Disponível em: <http://www.gemme.ch/rep_fichier/BIERI_IUK_Justice_et_mediation_20061003.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BODART, Bruno Vinícius da Ró; ARAÚJO, José Aurélio de Araújo. Alguns apontamentos sobre a Reforma Processual Civil italiana – Sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 25-70.

BRASIL. CONIMA: Regulamento modelo mediação. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em: 28 ago. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Disponível em: <www.sae.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/hpsenado>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 set. 2013.

BRAZIL, Wayne D. Hosting mediations as a representative of the system of civil justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 22, n. 2, p. 227-275, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1498&context=facpubs>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

_____. Continuing the conversation about the current status and the future of ADR: a view from the courts. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, MO, v. 11, p. 11-39, 2000. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1420&context=facpubs>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CADIET, Loïc. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 60, n. 4, p. 1170-1194, 2006.

CALAMANDREI, Pietro. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: Cedam, 1943.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei nº 8.046/2010*. 245 p. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=921859&filename=Avulso+-PL+8046/2010>. Acesso em 11 jun. 2014.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

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

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York University: NYU, 2005.

_____. *Direito, cultura e ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHENOU, Martine; MIRIMANOFF, Jean A. La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres. *La Semaine Judiciaire*, n. 10, p. 1-34, Juin 2003. Disponível em: <http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_mediation_civile_ou_metajudiciaire.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato Democratico - saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

COELHO, Meire Lúcia Mota; LÚCIO, Magda de Lima. Litigiosidade e impacto na gestão pública – a mediação como instrumento de gestão – a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 75-97, dez. 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122010/revista_pgbc_vol4_n2_dez_2010.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 249-293, jul./set. 2000.

_____. Garanzie Costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

_____. *Contraddittorio (principio del)*. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto dela Enciclopedia Italiana, 1988. V. 8.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder. Contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University, 1991.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01042008-132345/pt-br.php>. Acesso em: 26 jun. 2014.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIDIER JR. Fredie. Processo como conceito jurídico fundamental da teoria geral do processo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 176-187.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2014.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Novo Código de Processo Civil conseguiu raro consenso de processualistas. *Consultor Jurídico*, 5 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/cpc-raro-consenso-processualistas>. Acesso em: 9 jun. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. V. 1.

DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010. *Rivista di Diritto Processuale*, [S.l.], v. 65, n. 3, p. 575-594, 2010. Disponível em: <http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Dittrich.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2013.

EUROPEAN PARLIAMENT. *'Rebooting' the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. Brussels: European Union, 2014. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). Acesso em: 7 abr. 2014.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

FEINBERG, Kenneth R. Reexamining the arguments in Owen M. Fiss, against settlement. *Fordham Law Review*, New York, v. 78, n. 3, 2009. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/4/>. Acesso em: 4 ago. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Giurisdizione e democrazia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 26, v. 1, n. 75, p. 424-444, set. 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, New Haven, CT, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

_____. Against settlement. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 93, n. 6, May 1984. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/againstsettlement.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRAGOMENI, Tiziana. *Mediazione e conciliazione*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Freddie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodvm, 2014. V. 3.

FULLER, Lon. L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978. Disponível em: <<http://people.rit.edu/wlrgh/Fuller.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

FERREIRA, Pinto. A máxima chiovendiana e o acesso à justiça. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 153-161, jan./jun. 1985. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20%20PINTO%20FERREIRA%20%E2%80%93%20A%20M%C3%A1xima%20chiovendiana%20e%20o%20Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

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.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Coleção MASC. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GARCIA, Rafael Barreto. O poder judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 879, p. 62-98, jan. 2009.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução de Vera Mello Joscelyne. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. P. 197-224.

_____. *Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 1.

_____. *Instituições de Processo Civil. Processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 2.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 273-308.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo. Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Conciliação e Juizados de Pequenas Causas – deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Brasília, v. 2, n. 5, p. 22-27, abr. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.

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

KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre Direitos Humanos: estudos em homenagem ao professor Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ITALIA. Camera dei Deputati. Disponível em: <www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028del.htm>. Acesso em: 12 set. 2013.

ITALIA. *Codice di Procedura Civile Esplicato e leggi complementari*. Napoli: Gruppo Editoriale Simone, 2012.

ITALIA. Consiglio Nazionale Forense. Disponível em: <www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-ordini/mediazione-e-conciliazione.html>. Acesso em: 17 ago. 2013.

ITALIA. Corte Costituzionale Italiana. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 14 maio 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque; TUCCI, José Rogério Cruz. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. V. 1.

LOPES, Vitor Carvalho. *A mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*. 2008. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Entre o acesso à justiça e a “dependência química” do Judiciário: a conciliação prévia como resgate da cidadania. *RDC*, [S.l.], n. 21, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/8496/Entre%20o%20Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20e%20a%20Depend%C3%Aancia%20Qu%C3%ADmica%20do%20Judici%C3%A1rio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in Italian Civil Procedural Law. *Civil Procedure Review*, München, v. 3, n. 1, p. 25-51, Jan./Apr. 2012. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=53&embedded=true>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____. Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile. *Il foro padano*, v. 68, n. 4, p. 139-164, 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/1632921/Rapporti_tra_procedimento_di_mediazione_e_processo_civile>. Acesso em: 2 abr. 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 132-155.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, [S.l.], v. 888, out. 2009.

_____. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARGHERITA, Marzario. Dal dissidio al conflitto: la cultura della mediazione. *Mediazione Civile e Commerciale*, Roma, 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.unione.valdera.pi.it/news.php?id=537>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

MARIAN, Cornel. Beyond the EU Directive on mediation: solving national problems at a national level. *Stockholm Arbitration & Litigation Center*, Stockholm, Dec. 2011. Disponível em: <<http://kluwermediationblog.com/2011/12/17/beyond-the-eu-directive-on-mediation-solving-national-problems-at-a-national-level/>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____ (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 13-66.

_____. A Jurisdição no Estado Constitucional. *Biblioteca Virtual do Supremo*, 2005. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/files/598/15996426.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTEUCCI, Giovanni. *Mediazione civile e commerciale in Italia: obbligatoria o volontaria?*. [2013]. Disponível em: <<http://www.adrmaremma.it/matteucci26.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. Mediazione civile e commerciale in Italia al 31.12.2011. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 7, v. 11, p. 152-183, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7998/5783#page=152>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

_____. “Decreto del fare” e mediazione; avvocati mediatore *ope legis*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 208-216, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8678/6554>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Estudos em Avaliação Educacional (Fundação Carlos Chagas)*, São Paulo, n. 20, p. 183-202, jul./dez. 1999.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Mediação judicial no Projeto do Novo Código Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Rio de Janeiro, v. 33, abr. 2012.

MIRIMANOFF, Jean A. Amicable dispute resolution or litigation: new priority or new approach? What future for mediation in Switzerland?. In: *MEDIATION IN EUROPE PRESENT CHALLENGES AND FUTURE DEVELOPMENTS: INTERNATIONAL CONFERENCE, 2007, Vilnius, Lithuania. Annals...* Vilnius: The Council of Europe and the Ministry of Justice of Lithuania Disponível em: <http://www.mediationworld.net/download.php?path=2007927112516.pdf&name=Judge%20Jean%20Mirimanoff%20ADR%20Practices%20in%20Switzerland%20_GEMME.pdf&mime=application/pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual Civil. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 33, p. 484-510, 2004.

MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MNOOKIN, Robert. H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 8, n. 2, 1993.

MONDO ADR. *Conflict management e risoluzione delle controversie*. [1998-2015]. Disponível em: <www.mondoadr.it/cms>. Acesso em: 13 abr. 2014.

MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata"*. [2010]. In: *Judicium*. Disponível em: <<http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Monteleone-mediazione-forzata.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. (Temas de Direito Processual, s. 8).

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e a administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORICONI, Massimo. La Mediazione Profili Operativi e Problematiche Operative. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, p. 339-403,

2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18076/13329>>. Acesso em 4 ago. 2013.

MUÑOZ, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos em el proceso civil español. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, p. 66-88, enero/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redp/article/viewFile/7943/5704#page=66>>. Acesso em: 3 ago. 2013.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 44, n. 1, p. 179-212, 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2014.

_____. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 758-778.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, p. 404-419, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18078/13331>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

_____. *Justiça, jurisdição e mediação. O desafio de resolver os conflitos sob uma base qualitativa de justiça*. 2012. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012.

PELUSO, Antonio Cezar. Mediação e conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Rio de Janeiro, v. 30, jul. 2011.

_____; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

_____. Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 361-372.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e o Código de Processo Civil Projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 207, n. 207, p. 213-238, maio 2012.

_____. *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Civil Contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, Bogotá, ano 2, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/9924692/REFLEXIONES_SOBRE_LA_MEDIACION_JUDICIAL_Y_LAS_GARANTIAS_CONSTITUCIONALES_DEL_PROCESO>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 49-92, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf>. Acesso em 22/09/2013.

_____. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. Ijuí: Unijuí, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21>. Acesso em: 11 dez. 2013.

_____. *O instituto da mediação e a versão da Câmara dos Deputados para o projeto do novo código de processo civil brasileiro*. [20--]. Disponível em: <http://www.academia.edu/5265460/O_INSTITUTO_DA_MEDIACION_E_A_VERSION_DA_CAMARA_DOS_DEPUTADOS_PARA_O_PROJETO_DO_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Acesso em 26 jun. 2014.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. [20--]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?* [20--]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência Italo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 8, p. 443-471, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_experiencia_italobras_no_uso_da_mediacao_em_resposta_a_crise.pdf>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediación obligatoria: una versión moderna del autoritarismo procesal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 10, p. 210-225, jul./dez. 2012. Disponível em: <www.humberto-dalla.pro.br>. Acesso em: 25 nov. 2013.

_____; SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação*. Curitiba: Multiideia, 2013.

_____; DURÇO, Karol Araújo. 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*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, p. 20-54, jan./dez. 2008. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf#page=20>. Acesso em: 22 fev. 2014.

PISANI, Andrea Proto. Appunti su mediazione e conciliazione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, set. 2010.

PISTONI, Andrea. *Mediación Intercultural: un estudio comparativo a nivel regional y europeo*. [2012]. Disponível em: <www.worldmediationforum.com>. Acesso em: 4 ago. 2013.

PORTUGAL. *Direcção-geral da Política de Justiça*. [2013?]. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (Coord.). *Acesso à Justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, CT, v. 58, n. 173, p. 173-200, 2003. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1761&context=fss_papers>. Acesso em: 11 out. 2013.

ROSARIA, Santulli Maria. Mediazione come condizione di procedibilità per l'esperibilità dell'azione giudiziale. *Mediazione Civile e Commerciale*, Roma, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/34419-mediazione-come-condizione-di-procedibilit-per-l-esperibilit-dell-azione-giudiziale>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. 2. Saint Paul, MN: West Group, 1997.

ROQUE, André Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 237-263, 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/51-v1-n4-outubro-de-2011-/152-a-luta-contra-o-tempo-nos-processos-judiciais-um-problema-ainda-a-busca-de-uma-solucao>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

SALGUEIRO, Jorge Silveiro. *El acceso a la justicia y la Ley nº 1.879/02 de Arbitraje y Mediación en Paraguay*. INECIP, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Org.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. P. 779-792.

SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Diálogo e entendimento. Direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 180-209, [200-?]. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 6 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARSELLI, Giuliano. La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno. *Judicium*, p. 1-8, [20--]. Disponível em: <<http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/scarselli.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 181-202, 2008.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVESTRE, Elisabetta. *The never-ending reforms of Italian Civil Justice*. [2011]. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1903863>. Acesso em: 31 mar. 2014.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

_____. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Orientador: José Luis Bolzan de Moraes. 2007. 477 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

_____. *Retalhos de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

_____; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ijuí, 2011.

_____; SPENGLER NETO, Theobaldo (Coord.). *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

_____. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Leyendo a ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. (Páginas sobre Justicia Civil).

_____. *Cultura e processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 63, n. 1, p. 63-91, marzo 2009.

_____. *Verità negoziata?* *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 62, n. extra 3, p. 69-98, 2008.

_____. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

_____. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TRISCARI, Giancarlo; GIOVANNONI, Antonio. *Manuale della mediazione*. Milano: IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], p. 3-8, maio 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>>. Acesso em: 30 maio 2014.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 381-389, maio 2011.

WELSH, Nancy. The place of Court-connected mediation in a Democratic Justice System. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, New York, v. 5, p.117-144, 2004.

VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia. Il metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Guiffrè, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 197, jul. 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 199-225.

ZIMMERMAN, Nourit; TYLER, Tom R. Between access to counsel and access to justice: a psychological perspective. *Fordham Urban Law Journal*, New York, v. 37, n. 1, p. 472-507, 2009. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2334&context=ulj>>. Acesso em: 10 dez. 2013.