

Essere
nel Mondo
e-book editora



Amanda de Lima Vieira
Carlo Pilia
César Felipe Cury
Fabiana Marion Spengler
(coordenadores)

COLETÂNEA

ESTUDOS SOBRE MEDIACÃO

NO BRASIL E NO EXTERIOR

VOLUME 3

CEPED
Centro de Estudos e Pesquisas
no Ensino do Direito da UERJ


40 ANOS
DIREITO
UERJ 2020 1975
OBSERVATÓRIO DA MEDIAÇÃO
E DA ARBITRAGEM DA UERJ


Associação
de Docentes
da Estácio de Sá
ADESA

 Observatório da
Mediação

Estácio
PPGD
Programa de
Pós-Graduação
em Direito

Amanda de Lima Vieira
Carlo Pilia
César Felipe Cury
Fabiana Marion Spengler
(coordenadores)

COLETÂNEA

ESTUDOS SOBRE MEDIACÃO

NO BRASIL E NO EXTERIOR

VOLUME 3

OBSERVATÓRIOS DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Universidade Estácio de Sá

Programa de Pós-Graduação em Direito

1ª edição

Santa Cruz do Sul

Essere 
nel Mondo
e-book editora

2020

CONSELHO EDITORIAL

- Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa - Direito - UFSC e UNIVALI/Brasil
- Prof. Dr. Alvaro Sanchez Bravo - Direito - Universidad de Sevilla/Espanha
- Prof. Dr. Argemiro Luís Brum - Economia - UNIJUI/Brasil
- Prof. Dr. Carlos M. Carcova - Direito - UBA/Argentina
- Prof^a. Dr^a. Caroline Müller Bitencourt - Direito - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Demétrio de Azeredo Soster - Ciências da Comunicação - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Eduardo Devés - Direito e Filosofia - USACH/Chile
- Prof. Dr. Eligio Resta - Direito - Roma Tre/Itália
- Prof^a. Dr^a. Gabriela Maia Rebouças - Direito - UNIT/SE/Brasil
- Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin - Direito - UNIJUI/Brasil
- Prof. Dr. Giuseppe Ricotta - Sociologia - SAPIENZA Università di Roma/Itália
- Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho - Direito - UERJ/UNESA/Brasil
- Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - Direito - PUCRS/Brasil
- Prof. Dr. Ismael Francisco de Souza - Direito - UNESC/Brasil
- Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck - Direito - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. João Pedro Schmidt - Ciência Política - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais - Direito - FDV/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Kathrin Lerrer Rosenfield - Filosofia, Literatura e Artes - UFRGS/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Katia Ballacchino - Antropologia Cultural - Università del Molise/Itália
- Prof^a. Dr^a. Lilia Maia de Morais Sales - Direito - UNIFOR/Brasil
- Prof. Dr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão - Direito - Universidade de Lisboa/Portugal
- Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier - Direito - UNIPAR/Brasil
- Prof. Dr. Maiquel Angelo Dezordi Wermuth - Direito - UNIJUI/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Nuria Belloso Martín - Direito - Universidade de Burgos/Espanha
- Prof. Dr. Sidney César Silva Guerra - Direito - UFRJ/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Silvia Virginia Coutinho Areosa - Psicologia Social - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Ulises Cano-Castillo - Energia e Materiais Avançados - IIE/México
- Prof^a. Dr^a Verônica Teixeira Marques de Souza - Ciências Sociais - UNIT/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Virgínia Appleyard - Biomedicina - University of Dundee/ Escócia

COMITÊ EDITORIAL

- Prof^a. Dr^a. Fabiana Marion Spengler - Direito - UNISC/Brasil
- Prof. Me. Theobaldo Spengler Neto - Direito - UNISC/Brasil

Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT. As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

C694 Coletânea estudos sobre mediação: no Brasil e no exterior: volume III [recurso eletrônico] / coordenadores Amanda de Lima Vieira ... [et al.] – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.
272 p.

Texto eletrônico.
Modo de acesso: World Wide Web.

1. Mediação. 2. Direito comparado. 3. Resolução de disputa (Direito). 4. Tecnologia e direito. 5. Processo civil. 6. Acesso à justiça. I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem. II. Universidade Estácio de Sá. Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem. III. Vieira, Amanda de Lima. IV. Pilia, Carlo. V. Cury, César Felipe. VI. Spengler, Fabiana Marion.

CDD-Doris: 341.4618

ISBN: 978-65-5790-031-4

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Catálogo: Fabiana Lorenzon Prates

Revisões: revisão metodológica e gramatical pelos autores

Diagramação: Daiana Stockey Carpes



APRESENTAÇÃO

Apresentamos à comunidade acadêmica e aos profissionais o resultado dos trabalhos realizados ao longo dos últimos meses pelos Grupos de Pesquisa “Observatório da Mediação e da Arbitragem” em funcionamento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio.

Foram buscados temas de alta indagação jurídica e de grande repercussão prática, que desafiam os estudiosos e operadores do direito a buscar soluções inovadoras e que garantam a efetividade das ferramentas de prestação jurisdicional. Da mesma forma, os temas vão de questões domésticas a problemas verificados no direito estrangeiro.

A presente coletânea, intitulada **Estudos sobre Mediação no Brasil e no Exterior**, foi disposta em quatro volumes a partir das contribuições apresentadas pelos integrantes de ambos os Observatórios que vêm desenvolvendo suas atividades em conjunto, a fim de otimizar os recursos e compartilhar as respectivas redes de pesquisa.

A partir dessas premissas, esperamos que os leitores possam aproveitar todo o conteúdo dessa coletânea que ultrapassa as 1.200 páginas, o que torna esse projeto o mais completo diagnóstico da mediação realizado no Brasil desde a edição do CPC e da Lei n 13.140/2015.

Uma ótima leitura a todos!

Os Coordenadores.
Primavera de 2020.



Sumário

O ADVENTO DO SISTEMA AUTOCOMPOSITIVO E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO Amanda de Lima Vieira e Cesar Felipe Cury	9
LA MEDIAZIONE AL TEMPO DEL COVID-19 Carlo Pilia	20
A ADVOCACIA COLABORATIVA COMO INSTRUMENTO PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DE ACESSO À JURISDIÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA Fabiana Marion Spengler e Maini Dornelles	36
AUTONOMIA DA VONTADE E O USO DA MEDIAÇÃO NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS Fernanda Pontes Pimentel, Giselle Picorelli Yacoub Marques e Juliana Machado Nobre	48
DESJUDICIALIZAÇÃO E MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 533/2019 À LUZ DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA Flórency Regina Rodrigues de Santana e Felipe Clair de Souza Correa	68
A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A CONTRIBUIÇÃO DO CONHECIMENTO PSICANALÍTICO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Gita Goldenberg	83

MEDIAÇÃO ON-LINE: AS PLATAFORMAS COMO EFICIENTE MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	99
Jean Carlos de Albuquerque Gomes	
A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DO INTERESSE DAS PARTES NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL	109
João Guilherme Itaboraí Peçanha e Paula Mayworm Villaça	
MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CREDORES NÃO SUJEITOS	128
Jorge Luis da Costa Silva e Rodrigo Saraiva Porto Garcia	
PARA ALÉM DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: MEDIAÇÃO COLETIVA E DIÁLOGO MULTITUDINÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE	145
José Marinho Paulo Júnior	
MEDIAÇÃO ONLINE: EVOLUÇÃO, TECNOLOGIA E DESAFIOS DE ACESSIBILIDADE	163
Juliana Loss de Andrade, Fernanda Bragança e Maria Fernanda Dyma	
A MEDIAÇÃO E A NEGOCIAÇÃO: OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO UM FUTURO INEVITÁVEL NA MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE DESOPRESSÃO DE DISPUTAS	175
Larissa Fernandes de Carvalho	
O TEMPO DE DURAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE ALIMENTOS: UMA LIMITAÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA SOLUÇÃO CONSENSUADA DE CONFLITOS JURÍDICOS?	190
Márcia Cristina Xavier de Souza e Marcelo Conde dos Santos	
A MEDIAÇÃO ON-LINE SOB O INFLUXO DA TECNOLOGIA NO CENÁRIO EMPRESARIAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	204
Mariana da Silva Brito e Rodrigo Soares Peva	
A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: UM RELATO EM TEMPOS DE COVID-19	218
Mauro Augusto Ponce de Leão Braga, Taís Batista Fernandes Braga e Denison Melo de Aguiar	
O ADVOGADO É INDISPENSÁVEL À MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL?	237
Murilo Strätz e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues	

**PERTINENCIA DE LA FORMACIÓN A LOS CAPACITADORES ELECTORALES EN
MATERIA DE LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA GENERAR DE
FORMA CREATIVA SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS ELECTORALES**

251

Jéssica Marisol Vera e Eni Valdes-Espinosa



O ADVENTO DO SISTEMA AUTOCOMPOSITIVO E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Amanda de Lima Vieira
Cesar Felipe Cury

1. Introdução

A entrada em vigor de uma lei costuma suscitar discussões entre doutrinadores e julgadores sobre suas repercussões no ordenamento jurídico e os efeitos causados na realidade social. É natural que assim seja, na medida em que uma das finalidades da doutrina é justamente contribuir para o aperfeiçoamento da norma e do resultado de sua aplicação prática pelas decisões judiciais.

Essa é uma contribuição recíproca, na verdade. Assim como é papel da filosofia e da teoria definir os conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos do sistema normativo, à jurisprudência, por outro lado, compete decidir o caso concreto e individualizado, muitas vezes sem a existência de precedente ou do tempo necessário para reflexões mais detidas. A premência da tomada de decisão e a indeclinabilidade da solução *in concreto* exigem dos julgadores atuação imediata, mesmo quando ainda não haja consenso ou entendimento prevalente.

A partir das decisões dos tribunais, inaugura-se novo debate com a doutrina, que dispõe de tempo para pesquisas e amadurecimentos com os quais poderá formular novas críticas. É justamente essa sucessão de contribuições que aperfeiçoa e adensa o sistema.

No momento atual, em que a democracia apresenta sinais de transformação, acompanhando a dinâmica econômica e social do período de transição da modernidade em direção à pós-modernidade ou alta modernidade, o direito também recebe influências que se refletem sobre o modo como se estrutura o processo, repercutindo no desenvolvimento da relação entre os sujeitos, e na burocracia judiciária, ampliando o conceito de acesso à justiça para diversificar as formas de tratamento e solução dos conflitos.

Algumas das medidas mais inovadoras no cenário internacional foram adotadas pelo legislador brasileiro ao implementar um novo modelo de processo, e uma delas, sem dúvida, está contemplada na fase inaugurada com a audiência prevista no artigo 334 do CPC/15.

Além de representar uma inovação no direito processual, a introdução de uma fase intersistêmica no processo tem potencial para importantes transformações no sistema de justiça e na sociedade como um todo.

Neste artigo, busca-se demonstrar os avanços consolidados no tratamento adequado dos conflitos, a partir da conjugação entre institutos e técnicas recentemente incorporadas ao direito brasileiro com o que se identifica como a política pública da conciliação e o microssistema da consensualidade, apontando, ainda, os desafios a serem enfrentados.

2. O Advento do Novo Código de Processo Civil e o Novo Modelo de Processo Brasileiro

No Brasil, a elaboração da nova lei geral do processo foi acompanhada de intensas discussões. Antes mesmo do início do processo legislativo ou dos trabalhos da comissão de juristas, a produção de incontáveis textos doutrinários já apontavam a necessidade de se corrigir disfuncionalidades de um modelo vigente há quarenta anos e que nas últimas décadas mostrava esgotamento e obsolescência, apesar das sucessivas reformas, diante de uma sociedade que avançou nas ciências, na tecnologia e no modo de relacionamento interpessoal.

A contribuição científica e o aproveitamento do que os tribunais vinham adotando foram fundamentais para a conformação do novo modelo de processo.

Sem representar uma completa ruptura com o sistema anterior, o CPC/15 adotou o modelo organizacional de processo constitucional inspirado no conceito de Fazzalari de procedimento estruturado em contraditório¹, constituindo ao mesmo tempo instrumento para afirmação de direitos (fundamentais) e meio de controle da jurisdição².

A sistematização do CPC/15, reconhecidamente mais alinhado ao texto constitucional, conduz o intérprete pelas escolhas metodológicas feitas pelo legislador, claramente identificada na distribuição temática que privilegia as normas fundamentais³. Os parâmetros político-ideológicos que subministram o modelo organizacional de processo condicionam a interpretação das leis processuais e o modo como os conflitos sociológicos serão tratados. São parâmetros que o intérprete não deve tangenciar.

Nesse sentido, parece não haver dissenso em que as importantes alterações promovidas no sistema, ao ampliar a participação dos interessados no processo, tiveram por finalidade tornar mais legítima a produção decisória, o que implica tomar em consideração os argumentos dos interessados pelo julgador.

1 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

2 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

3 Artigo 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

A observação de Wassermann é de que a vedação da autotutela, na origem, exige que a exclusividade decisória por parte do Estado seja exercida por meio de uma estrutura procedimental que assegure a participação do destinatário da decisão, o que representa uma garantia além do direito material que se pretende tutelar⁴.

A participação no processo está diretamente relacionada ao dever de colaboração entre as partes e o juiz, característicos do modelo democrático. Como numa comunidade de trabalho, deve haver cooperação entre os sujeitos para que se alcance a melhor decisão possível, observado o exercício das funções respectivas.

O CPC/15 segue o movimento de convergência entre as principais tradições jurídicas dos países ocidentais, tendência iniciada ainda na segunda metade do século passado e que tem resultado na conformação de modelos mesclados ou sincréticos de processo. Essa interseção de concepções tradicionais tem permitido não apenas a importação de técnicas jurídicas tais como existentes em suas origens, mas a sua transformação e adaptação, de modo que não se pode mais falar de tradições puras, como a *common law* e *civil law*, e de sistemas únicos⁵.

3. Entre o Civil Law e o Common Law: A Conformação do Modelo Constitucional Democrático de Processo

A experimentação de institutos entre tradições distintas decorre da necessidade de se encontrar soluções para os conflitos contemporâneos, que deixam claro o crescente distanciamento entre a legislação comum e a realidade factual. O fenômeno é resultado de dois fatores principais: o acentuado desenvolvimento sociocultural e econômico, que traz seguidamente exigências inéditas, e a incapacidade das instituições tradicionais em lidar com inovações disruptivas.

Pense-se, por exemplo, no mercado eletrônico (*e-commerce*), cujos conflitos, produzidos na mesma proporção industrial, por não se enquadrarem em nenhum dos tipos de processo coletivo, encontram solução apenas individual, multiplicando os processos nos tribunais.

Por outro lado, situações jurídicas absolutamente inéditas, proporcionadas por tecnologias digitais, não são atendidas por leis que não as contemplam nem por precedentes que ainda não existem, exigindo que os julgadores tomem decisões *avant la lettre* das regras legislativas. Exemplo disso é a discussão em torno da propriedade de obras artísticas, plásticas e literárias, produzidas por sistemas autônomos de inteligência artificial (*machine learning*), sem previsão legislativa.

Como se pode perceber, esse déficit de efetividade normativa que estimula o sincretismo não se limita a países com graves desafios judiciais, como o Brasil. No direito comparado, o intercâmbio também ocorre em países continentais como França, Itália, Espanha e Portugal, que adotam institutos tradicionalmente identificados com o *common law*. Da mesma forma em países anglo-saxônicos, como a Inglaterra, que também passou a adotar modelos jurídicos típicos do *civil law*⁶.

No direito brasileiro, na medida em que este não tem origem própria, a internalização de institutos jurídicos ocorre desde o período colonial, com as primeiras ordenações, não sendo, portanto, um

4 WASSERMANN, Rudolf. **Der soziale Zivilprozeß**: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neu-wied-Damstadt: Luchterhand, 1978. p. 45.

5 Veja-se, como exemplo recente, a adoção pelo direito processual brasileiro de técnicas de julgamento coletivo ou de formação de padrões decisórios que, inspirados embora em tradições do *common law*, guardam pouca semelhança com os institutos que os inspiraram.

6 Em 1999, a Inglaterra instituiu um novo Código de Processo Civil, inovando em sua tradição.

fenômeno incomum ou que provoque estranhamento. Pelo contrário, pode-se mesmo identificar uma certa predileção do legislador, em vários períodos da história, pela incorporação de sistemas inteiros ao ordenamento jurídico nacional, muitas vezes sem qualquer critério para a necessária adaptação.

Os sinais de obsolescência da legislação processual brasileira desde as últimas décadas do século passado motivaram a comunidade acadêmica e os tribunais a discutir adaptações normativas e burocráticas de solução de conflitos.

Com esse escopo, foram realizados dois grandes grupos de alterações: na setorização da legislação, e na adoção de medidas de desjudicialização, deslegalização e deformalização de temas, além da racionalização de procedimentos para soluções coletivas; e na estrutura judiciária, com a reorganização burocrática e novas divisões de tratamento especializado.

Desse programa são exemplos a edição de leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a Lei Geral de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e a Lei de proteção a grupos raciais, étnicos e religiosos (Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014). Com a mesma justificativa, foram editadas normas que transferem para outros serviços a solução de questões antes reservadas ao judiciário, como separação, divórcio e alimentos; reconhecimento de paternidade; partilha patrimonial; e problemas de direito imobiliário.

Também foram promovidas alterações na organização e divisão judiciárias em vários tribunais, como em São Paulo e Rio de Janeiro, que seguiram a tendência de especialização de varas e juízos como a que ocorria em países europeus⁷.

Diante das características das demandas que a partir da década de 1990 começavam a aportar nos tribunais, com evidentes sinais da crescente complexidade em paralelo ao aumento da litigiosidade, as primeiras reformas tiveram como objetivo a descentralização da jurisdição, a fim de reduzir o volume de demandas nos tribunais; e a maior celeridade ao processo, buscando-se otimizar sua tramitação até a sentença.

A partir de uma série de medidas, a tendência de codificação foi revertida e em pouco mais de uma década leis setoriais, a exemplo do tratamento dos direitos multipolares e da proteção geral ao consumidor.

Com a Lei dos Juizados Especiais, também na última década do século passado, o legislador procurou adaptar o microsistema de demandas simples para atender as relações de consumo. Em pouco tempo pode-se perceber a inadequação da iniciativa, que deixou de considerar que o fenômeno de massa resulta do modelo de desenvolvimento econômico que o judiciário, isoladamente, não tem condições de acompanhar. Assim, mesmo a hipertrofia das estruturas burocráticas se mostrou insatisfatória para o tratamento de demandas seriais, o que acabou por repercutir em todo o sistema.

Nas décadas seguintes, medidas adotadas no CPC/73, com o objetivo de torná-lo mais integrado e alcançar maior celeridade na conclusão das demandas, se mostraram meramente paliativas.

As alterações legislativas não surtiram os efeitos pretendidos, e já na década seguinte novas medidas foram adotadas, ampliada a premissa legislativa para além da racionalização do procedimento. Nessa oportunidade, ao lado da verticalização das decisões judiciais recursais e da obrigatoriedade de sua observância, o legislador buscou abreviar ainda mais o procedimento ao privilegiar as decisões

7 VOET, Stefaan. "Belgium's new specialized judiciary". **Russian Law Journal**. v. 2, n. 4, p. 129-145, out. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514530>. Acesso em: 06 jul. 2020.

antecipadas sobre o mérito, conferindo ampla discricionariedade ao juiz como condutor do processo sempre com o objetivo de abreviar a solução do litígio.

A concentração da solução das questões no vértice superior das instâncias judiciárias e a obrigatoriedade de sua observância desde o primeiro momento processual, ao lado do protagonismo judicial, produziram apenas o engessamento da produção jurisprudencial, com risco de desidratação da sua qualidade, deixando de atingir os objetivos de conferir tratamento mais adequado aos litígios e diminuir a entrada de processos nos tribunais.

Mesmo o esforço da doutrina para a acomodação sistêmica dos institutos trazidos com as intervenções legislativas foi insuficiente para conferir a necessária organicidade e sentido conjuntural às leis processuais substituídas.

A nova lei geral de processo surge nesse cenário de colapso iminente do sistema, e, mesmo sem representar uma completa mudança paradigmática, tem a virtude da melhor estruturação e adequada sistematização que permitem identificar as principais matrizes metodológicas pelas quais se deve realizar sua leitura e compreensão.

O legislador deixou bem claro que o CPC/15 segue o modelo constitucional de processo ao estabelecer em sua primeira parte que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal.

A identificação de um modelo de processo democrático e constitucional é um sintomático contraponto ao CPC substituído, que não trazia disposição semelhante e cujos remendos ao longo do tempo o descaracterizaram a ponto de perder sua coesão.

Com a opção por um processo constitucional, o legislador define o seu caráter democrático, em superação à discussão acerca da predominância da feição puramente formalista de processo, seguindo a tendência de empregar os melhores aspectos da ciência processual e promover a harmônica integração de diferentes orientações metodológicas.

É evidente que todo esse esforço legislativo está direcionado à legitimação e efetividade das soluções alcançadas por meio do processo, o qual, sem perder sua característica instrumental, reivindica a participação na construção participativa da solução através da colaboração entre os agentes do processo, todos com funções bem definidas.

Nesse cenário, o legislador estabeleceu algumas premissas que definem o padrão metodológico escolhido e que estão destacadas nas normas fundamentais.

Ao lado da reafirmação do princípio da reserva do direito de ação e da inércia do judiciário, o legislador privilegia a solução em ambiente extraprocessual, preferencialmente pela autocomposição, e admite a solução arbitral, mostrando sua preocupação com a decisão sobre o mérito do litígio.

A estruturação do procedimento em contraditório, facultando uma relação dialética de posição e anteposição de teses e antíteses e efetiva influência na produção do resultado, não deixa de contemplar válvulas de abertura para facultar às partes a busca pela autocomposição ou a melhor conformação da demanda ou do processo.

4. O Sistema Autocompositivo do Código de Processo Civil de 2015

Como visto até aqui, embora a preocupação do legislador com a legitimidade e a efetividade da decisão, incluindo-as dentre as normas fundamentais, nem sempre a solução do litígio será alcançada com a sentença.

De fato, o CPC/15 estabeleceu a primazia da decisão de mérito e da atividade satisfativa, o que não implica que a solução seja sempre ou mesmo preferencialmente atingida pela sentença. Ao contrário, o legislador elegeu como preferenciais as soluções extrajudiciais, e, dentre essas, as autocompositivas, conforme se vê no seu artigo 3º, parágrafo 3º.

Essa é a razão da instituição de um subsistema autocompositivo pela combinação entre os artigos 3º, §3º e 165 a 175, relacionando-o com os artigos 381, 190 e 191, todos do diploma processual aludido, de modo a tornar a possibilidade de autocomposição prévia realmente uma opção preferencial à decisão jurisdicional.

Para tanto, a previsão de um procedimento simplificado de acesso à prova, como prevê o artigo 381, II, inclusive com o comunitarismo do artigo 464, §2º; o caráter executivo aos títulos extrajudiciais formalizados nos termos do artigo 784, IV e a admissão de homologação judicial das transações de qualquer natureza, prevista no artigo 515, III, do CPC/15, são alguns dos institutos coerentes ao microsistema da consensualidade e à efetividade às suas soluções.

A predileção pelo diálogo e pelo consenso trazidas pelo CPC de 2015 prevalece mesmo quando o processo já tenha sido iniciado ao atribuir ao juiz o dever de promover a autocomposição a qualquer tempo (artigo 139, V) e reservar uma etapa, logo ao início dos procedimentos comum (artigo 334) e especial (artigos 565 e §1º e 695), para uma tentativa de aproximação e acordo entre as partes, evitando a instauração do litígio.

A sessão de mediação de que trata o artigo 334, sem dúvida, representa uma das alterações mais significativas do CPC/15, embora não se trate propriamente de uma novidade. Ao contrário, a conciliação é instituto bastante conhecido do direito nacional, presente no ordenamento desde a Constituição de 1824 (artigo 161). Mas a abertura de uma etapa exclusivamente consensual, em paralelo à relação processual concorrencial, amplia significativamente a participação dos interessados na solução do conflito sociológico, relativizando inclusive determinados cânones processuais ao flexibilizar os limites objetivos e subjetivos da lide para admitir fatos novos e a presença de terceiros na transação.

A abertura desse espaço autocompositivo, todavia, corre o risco de ser negligenciada e subutilizada pelos operadores judiciários, em razão de negativas experiências do ordenamento anterior e de uma equivocada percepção da organização do processo atual, principalmente por parte dos juízes, os quais, premidos pela necessidade de respostas rápidas aos litígios que se sucedem e pela observância às imposições dos órgãos de controle estatístico do próprio judiciário, podem frustrar uma das mais promissoras inovações do CPC/15.

Nesse quadro, parece necessário contextualizar, ainda que de modo sucinto, o modelo adotado pelo CPC/15 a partir das escolhas metodológicas do legislador, estabelecendo-se as premissas sobre as quais os principais institutos jurídicos devem ser compreendidos e aplicados.

Pode-se adiantar, no entanto, que o objetivo aqui é apenas assinalar que a audiência inicial de mediação representa o eixo central do procedimento comum para o qual converge um conjunto de regras e subsistemas assentados em matrizes principiológicas, que não podem ser negligenciados.

A forma preferencial de tratamento e solução do conflito, escolhida pelo legislador, não pode ser suprimida ou mesmo postergada pelo juiz, e não deve ser desprezada pelas partes. Como se trata de uma etapa mandatária, o tangenciamento da norma do artigo 334 do CPC/15 esvazia de conteúdo outros dispositivos que podem conferir melhor aproveitamento ao processo, subvertendo uma norma fundamental e frustrando as principais diretrizes do CPC/15, interferindo ainda na estratégia de judicialização e desequilibrando a relação entre os sujeitos, com sérios prejuízos à previsibilidade e estabilidade do processo.

O CPC/15 está assentado em premissas que privilegiam a dialogicidade e a cooperação. Mesmo antes da instauração do processo, as partes têm a faculdade de acesso a dados relevantes para uma tomada de decisão informada, podendo assim evita-lo ou melhor desenvolvê-lo⁸, sabendo de antemão que os instrumentos de transação constituem títulos executivos e podem ser homologados judicialmente, assim como os ajustes no procedimento, sujeitos apenas à verificação de legalidade.

No curso do processo não é diferente. Previsto como primeiro ato do procedimento comum, a audiência do artigo 334 do CPC/15 institui uma etapa própria, incidental ao processo, como um eixo estratégico que assenta premissas políticas e ideológicas traçadas pelo legislador, que incluiu a autocomposição dentre as normas fundamentais no artigo 3º, §3º, do CPC/15.

A fase autocompositiva é obrigatória e não deve ser negligenciada pelos sujeitos processuais, mas é especialmente conveniente aos representantes das partes.

A necessidade de observância da sequência procedimental exsurge da combinação entre os artigos 334 do CPC/15 e 27 da Lei 13.140/15 e obriga ao juiz. Com efeito, o procedimento fixado em lei constitui direito subjetivo das partes e é de imperativa observância pelo Estado-Juiz, sendo vedado o manuseio e a disponibilidade da sequência de atos sem que os demais sejam previamente consultados.

O direito ao processo representa uma garantia fundamental, constitucionalmente assegurada no artigo 5º, incisos LIII a LVI da Constituição Federal, que não pode ser tangenciada pelo Estado. Isso significa não apenas que o direito ao processo não pode ser suprimido, por via legislativa ou pelo próprio julgador, mas que o procedimento previsto em lei, isto é, a forma de desenvolvimento do processo, não pode ser alterado senão nas hipóteses previstas em lei e com a devida observância do princípio da cooperação.

O processo brasileiro adota o modelo organizacional colaborativo, em que os sujeitos atuam cooperativamente, como uma comunidade de trabalho, para a formação da melhor decisão possível. Observados os limites das posições respectivas, as partes e o juiz têm a cooperação como dever e a participação como direito.

Como advertia Barbosa Moreira,

Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie⁹.

Há uma ocasião específica para a efetivação da gestão participativa do processo, facultada pela fase incidental de autocomposição logo ao início do procedimento comum. Com efeito, ainda que seja compreendida como oportunidade mais voltada para a tentativa de solução do conflito e assim a evitar que a litigiosidade se aperfeiçoe¹⁰, a fase autocompositiva serve igualmente a conferir densidade às normas dos artigos 190 e 191 do CPC/15, ao permitir que os sujeitos parciais intervenham diretamente no desenho do processo e estabeleçam de comum acordo a agenda procedimental e o seu modo de desenvolvimento.

8 Artigo 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**. quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45 e 46.

10 A audiência ou fase de autocomposição se inicia ainda antes da consolidação da relação processual, posto que a citação do sujeito passivo não se aperfeiçoa, e, logo, da formação do litígio.

Se essa tem sido uma faculdade do ordenamento brasileiro pouco aproveitada na prática, o que se atribui a uma tradição de predominância inquisitorial, em países europeus, como a Bélgica e a Alemanha, a calendarização costuma ser o primeiro ato do processo. Em audiência convocada especialmente para essa finalidade, partes e juiz definem juntos as etapas, os prazos e as datas para a prática dos respectivos atos, planejando integralmente o desenvolvimento do curso da ação.

É certo que as convenções sobre o procedimento também podem ser validamente estabelecidas em etapa prévia à judicialização, conforme previsto na parte final do artigo 190. Essa faculdade é especialmente relevante para os litigantes habituais. Com efeito, para aqueles casos com a presença frequente de uma das partes, independentemente de sujeição ao incidente de resolução de demandas repetitivas, os *repeat players* podem se valer do artigo 190 do CPC/15 e definir previamente a sequência procedimental a ser observada nos processos futuros. O instituto das convenções pré-processuais tem a finalidade de permitir o trânsito mais adequado do processo, evitando atos desnecessários de modo a acarretar menor encargo às partes e ao próprio tribunal.

O planejamento compartilhado do procedimento como visto está inserido nos limites do artigo 190 do CPC/15, e sua formalização pode ser realizada entre o interessado e a administração do juízo ou tribunal por meio de protocolos interinstitucionais.

É certo que em casos de protocolos pré-processuais, os limites do parágrafo único artigo 190 do CPC/15 deverão ser observados. Mas isso não invalida a opção pelas convenções, antes proporcionando maior celeridade ao processo e menor onerosidade às partes e ao judiciário.

Contudo, ainda que não haja convenções prévias, a etapa prevista no artigo 334 do CPC/15 – evidentemente quando não haja desfecho abreviado pelo acordo – permite que a continuidade do processo seja planejada e convencionada entre os sujeitos (arts. 190 e 191), com a definição, de comum acordo, dos atos processuais relevantes para o seu melhor desenvolvimento – ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – e a forma como serão realizados.

Embora seja uma faculdade dos sujeitos parciais, a organização do processo deve ser submetida à validação judicial, em verificação que está limitada aos aspectos de legalidade¹¹, o que se aplica tanto às convenções pré-processuais como as incidentais.

Para fins de administração do processo e do juízo, a definição da agenda e da sequência procedimental não exige que o ato seja necessariamente realizado pelo juiz ou em sua presença. Ao contrário. Questões singelas, que não provocam maior detimento, podem por isso mesmo ser realizadas por auxiliares do juízo.

Tais são por exemplo aquelas repetitivas, em que a formalidade processual parece decorrer mais da inaptidão dos interessados para a resolução autocompositiva em ambiente privado do que da exigência de cognição jurisdicional exauriente para a identificação do fato e definição do melhor direito. Casos comumente levados aos juizados especiais, como os relacionados a concessionárias de serviços públicos, setor financeiro e de saúde suplementar, são típicos da má utilização do judiciário por ineficiência autorregulatória, sem olvidar que nesse sistema, embora a previsão de sequência resolutiva – conciliação, oralidade, juiz leigo e decisão por equidade – o índice de autocomposição é irrelevante.

¹¹ Artigo 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

Da mesma forma, em questões de maior complexidade, que reclamam planificação mais detalhada e podem envolver profissionais especializados, e que por isso exigem tempo e dedicação quase que exclusivos, há razão suficiente para que o juiz também delegue a auxiliares o ajuste de aspectos convencionais com as partes, submetidos a posterior *referendum*.

A convenção processual decorrente da gestão compartilhada envolve a distribuição de atividades processuais entre os sujeitos parciais, de modo que ao auxiliar do juízo incumbe prover as condições necessárias de diálogo para a arquitetura do procedimento. Esse é função típica do mediador, em cujas atribuições, como facilitador do diálogo, se inclui a convenção sobre o procedimento.

A calendarização processual repercute na gestão judiciária, sendo, portanto, necessário que a agenda do juízo esteja disponível à consulta prévia.

No intercurso da mediação, a apresentação pelos interessados de aspectos argumentativos e elementos probatórios relacionados ao mérito da causa e relevantes para o julgamento pode ensejar comprometimento indevido e dar margem à questionamentos acerca da isenção e imparcialidade do magistrado. Auxiliados por profissionais capacitados em facilitação do diálogo e construção de consensos, as partes têm a liberdade de abordar e tratar o conflito sociológico com a segurança de que os princípios que resguardam os métodos autocompositivos, como a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a informalidade e a decisão informada – previstos no artigo 165, §3º, do CPC/15 –, impedem que os temas expostos sejam utilizados no processo judicial.

É preciso que se diga que a solução de conflito sociológico e litígio jurídico não são sinônimos. O juiz é profissional preparado para equacionar, pela decisão, os litígios judicializados, mas não deve ocupar simultânea ou sucessivamente essa posição com a de facilitador do diálogo e do consenso, tendo acesso a aspectos objetivos e subjetivos que não poderão ser tratados na sentença.

Por tais razões, é fundamental que a gestão do conflito – que por definição é voluntária e consensual – seja conduzida por profissional capacitado, e não pelo magistrado, preservando-se assim a sua imparcialidade ao mesmo tempo em que o desonera de funções que podem ser melhor desempenhadas por auxiliares do juízo, contribuindo para a melhor otimização e performance do processo e do judiciário.

O planejamento decisório a partir da administração compartilhada, ao permitir a definição das etapas procedimentais, a seleção das provas e de graus de jurisdição, conforma o trajeto mais adequado à condução da demanda até a decisão final, o que reduz a necessidade de manifestações intercorrentes, divergências entre as partes e, conseqüentemente, incidentes recursais.

É intuitivo que a fase aberta pelo artigo 334 do CPC/15 representa a transição do sistema geral do processo adversarial para o subsistema da consensualidade, ensejando que as partes e o juiz ou auxiliar se encontrem numa etapa preliminar de acertamento, antes mesmo da fixação da relação processual, da instauração do litígio ou de qualquer decisão sobre o mérito¹². Com isso, o processo tende a se tornar mais eficiente, com emprego de menor esforço econômico e burocrático, em pleno atendimento ao princípio da duração razoável.

Como conclusão, o planejamento procedimental pode ensejar maior grau de legitimação e de efetividade decisória, o que contribui para a estabilidade e previsibilidade jurídicas e para o melhor desempenho do judiciário.

Como antes referido, o procedimento representa o modo como o processo é estruturado,

¹² As exceções são as decisões sobre as medidas de tutela (artigos 298 a 302, CPC/15) e os provimentos antecipados sobre o mérito (artigos 332 e 918, CPC/15).

conformador da orientação política e ideológica do legislador em seguimento às normas constitucionais.

O direito fundamental ao processo, leciona Mitidiero,

[...] obriga o Estado Constitucional, [...] que tem o dever de atuar para densificação e viabilização do direito ao processo justo para que os seus titulares possam exercer as posições jurídicas a ele inerentes¹³.

Nesse passo, uma vez editadas, as normas infraconstitucionais vinculam o Estado, inclusive e principalmente o juiz, que tem entre as funções o controle da constitucionalidade e da legalidade. O judiciário, especialmente, tem o dever de organizar-se estruturalmente, capacitando-se para que seus agentes cumpram adequadamente suas funções no processo.

O atual modelo constitucional de processo não admite protagonismos ou decisões unilaterais por partes dos juízes, que exercem no processo funções em posição simétrica à das partes, em relação às quais têm o dever de consulta, advertência e informação, além da consideração de suas manifestações. Assim, pode-se afirmar que o processo justo é pautado pela colaboração das partes e entre essas e o juiz, numa divisão de trabalho que admite assimetria apenas na decisão final sobre o mérito.

Trata-se, como visto, de direito fundamental ao processo, o que engloba o direito que o procedimento previsto em lei seja plenamente observado.

5. Conclusão

As mudanças operadas a partir do segundo Pós-Guerra podem ser representadas pela constitucionalização dos ordenamentos, dando ensejo à democratização do processo. A efetiva participação dos sujeitos interessados tanto na construção da decisão quanto na do próprio processo encerra a tendência axiológica constitucional e democrática que condicionam a legitimação decisória. Essa participação, que tem caráter dialógico, transcorre no ambiente controlado do processo, sob as regras do contraditório. Mas os avanços ainda vão além do próprio processo. Ao estabelecer a primazia da solução de mérito pré-processual, o novo sistema inaugurado pelo Código de 2015 institui mecanismos de articulação técnica entre institutos.

As normas que tratam da desjudicialização e autocomposição trazem as orientações para construção do cenário no qual os atores processuais poderão exercer seu protagonismo e controle do percurso de solução de seus conflitos.

A legislação brasileira muito avançou neste sentido. O Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação (13.140/2015) e a Resolução do CNJ nº125 de 2010 coroam essa transformação. No entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para a implementação da política pública de tratamento adequado dos conflitos. O mandamento central dessas normas de chamada à responsabilidade de todos aqueles envolvidos no conflito, causadores e lesados, deve repercutir em todos os segmentos da sociedade, sobretudo os produtores de demandas seriadas, litigantes habituais, aplicadores do Direito, doutrinadores, instituições formadoras.

Torna-se, portanto, necessário que os profissionais do direito, sob o novo paradigma, estimulem

13 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

os sujeitos parciais do processo à autonomia da solução consensual dos conflitos, exercendo a responsabilidade pela construção dos mecanismos adequados de modo a tornar cada vez mais desnecessário o processual, mantendo-se a jurisdição estatal como cláusula de reserva constitucional.

6. Referências Bibliográficas

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**. quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

VOET, Stefaan. “Belgium’s new specialized judiciary”. **Russian Law Journal**. v. 2, n. 4, p. 129-145, out. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514530>. Acesso em: 06 jul. 2020.

WASSERMANN, Rudolf. **Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat**. Neuwied-Damstadt: Luchterhand, 1978.



LA MEDIAZIONE AL TEMPO DEL COVID-19

Carlo Pilia

1. Le esigenze confliggenti di tutela durante la pandemia.

La pandemia Covid-19 sta avendo un impatto devastante sulle società e gli ordinamenti giuridici sia interni che internazionali. Per contrastare la diffusione dei contagi e salvaguardare la salute pubblica e degli individui, infatti, le autorità hanno dovuto dichiarare lo stato di emergenza e imporre una serie di misure sanitarie restrittive della circolazione e del normale svolgimento delle attività relazionali¹.

La fase emergenziale si caratterizza per l'approvazione di soluzioni straordinarie che, nei momenti più acuti di picco nei contagi, hanno imposto l'isolamento domestico delle persone, con la serrata della maggior parte delle attività produttive, sia in ambito pubblico che in quello privato, ad eccezione di quelle ritenute essenziali. La chiusura generalizzata delle attività (c.d. *lockdown*) e, comunque, l'applicazione delle altre misure sanitarie restrittive dettate a tutela del preminente valore della salute hanno costretto all'urgente introduzione di disposizioni emergenziali che garantissero la coesione economica e sociale del Paese.

La normativa straordinaria ha dovuto considerare, tra gli altri aspetti, l'impossibilità e,

¹ In Italia lo stato di emergenza sanitaria per il Covid-19 è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 31 gennaio 2020 e poi prorogato nella riunione del 29 luglio 2020 fino al 15 ottobre 2020 e nella riunione del 7 ottobre 2020 fino al 31 gennaio 2021. Con riferimento alle misure straordinarie di contrasto alla pandemia approvate dal Governo, v. Coronavirus, le misure adottate dal Governo | www.governo.it

comunque, l'estrema difficoltà di fare fronte ai pregressi impegni giuridici. Si è perciò resa necessaria l'introduzione di meccanismi di sospensione e differimento delle scadenze, oltre che di esenzione o almeno limitazione della responsabilità. In tal senso, sono state introdotte disposizioni di carattere sia procedimentale, che sostanziale che hanno avuto un notevole impatto sulla gestione del sistema delle tutele dei diritti².

Nello scenario emergenziale, pertanto, la questione dell'obbligatorietà della mediazione ai tempi del Covid è di grande interesse sistematico e forte impatto pratico³. Nell'obbligatorietà, infatti, almeno due sono i prismi dell'analisi, distinti e concorrenti, che corrispondono ad altrettante fonti normative dettate per rispondere ad esigenze di tutela, apparentemente confliggenti, che si sono manifestate nel tempo. Benché sollecitate, quasi imposte, dalle situazioni di crisi strutturali ed emergenziali, le prescrizioni sull'obbligatorietà della mediazione hanno una comune carica riformatrice della giustizia e, più in generale, della società civile.

Anzitutto, occorre muovere dalla considerazione che nell'ordinamento italiano già esisteva una disciplina che conteneva delle ipotesi di obbligatorietà della mediazione, sia imposta dalla legge che ordinata dal giudice, in relazione a numerose controversie civili e commerciali⁴. Per queste ipotesi, il problema pratico dell'emergenza pandemica riguarda la difficoltà, se non addirittura l'impossibilità durante il *lockdown*, di promuovere la mediazione prima o durante il processo giudiziale. Si sono incontrate, in pratica, le medesime restrizioni che hanno impedito o, quantomeno, rallentato lo svolgimento dell'attività giurisdizionale.

In secondo luogo, bisogna pure tenere in conto che proprio per fronteggiare l'enorme conflittualità originata dalla pandemia, non gestibile in sede giudiziale, si è reso necessario attivare le tutele extragiudiziali e, in particolare, la mediazione⁵. A tal fine, la legislazione emergenziale ha permesso di superare alcune difficoltà organizzative che limitavano l'utilizzazione della mediazione e, infine, l'ha imposta come obbligatoria per le controversie contrattuali scaturenti dalla crisi pandemica. L'obbligatorietà della mediazione, pertanto, allenta la pressione del contenzioso sui tribunali, permettendo di trovare soluzioni consensuali più rapide.

2 Sull'emergenza pandemica nell'ordinamento giuridico italiano, AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA. VV., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

3 G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 7 luglio 2020, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/07/07/tutte-in-mediazione-obbligatoria-le-cause-per-gli-inadempimenti-covid-19>; R. NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di sfratto*, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020, in <http://ilprocessocivile.it/articoli/focus/la-nuova-ipotesi-di-mediazione-obbligatoria-le-cause-inadempimento-da-covid-19-e-le>; F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020, in http://www.dirittoegiustizia.it/news/23/0000099251/Nuova_ipotesi_di_mediazione_obbligatoria_le_controversie_contrattuali_da_rispetto_delle_misure_COVID_19.html; A. SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, mercoledì, 1 luglio 2020, in <https://www.consulenza.it/Contenuti/News/News/5409/mediazione-obbligatoria-nelle-controversie-ca>.

4 Sull'obbligatorietà della mediazione ex art. 5, decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, tra i numerosissimi contributi, v. G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile in Italia*, in *judicium.it*, p. 174 ss.; L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria in Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, p. 247 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, Milano, 2014, p. 235 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, p. 109 ss.; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, p. 1153 ss.

5 Sull'esperimento della mediazione e delle tutele extragiudiziali ai tempi del Covid-19, v. S. ORTIS, *Le conciliazioni da remoto: un nuovo modello di dialogo conciliativo fra interventi normativi e prassi nell'emergenza sanitaria*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2020, 20 ottobre 2020, in <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/processo-del-lavoro/552-le-conciliazioni-da-remoto-un-nuovo-modello-di-dialogo-conciliativo-fra-interventi-normativi-e-prassi-nell-emergenza-sanitaria>; S.A. CERRATO, F. DE SANTIS, *L'arbitrato fra lockdown e fase due: una proposta di intervento normativo*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 13 ss.

In tal senso, l'obbligatorietà della mediazione costituisce una soluzione normativa che percorre le fasi che precedono, accompagnano e seguono l'emergenza pandemica, con la finalità di ovviare sia alle criticità della giurisdizione, che soffre cronicamente limiti strutturali, e sia per garantire la coesione economica e sociale della comunità, soprattutto nei momenti di più accentuata crisi. In entrambi i momenti, le prescrizioni dell'obbligatorietà della mediazione contribuiscono a innescare importanti processi di riforma del sistema in crisi delle tutele.

2. L'accesso alla mediazione prima del Covid-19

La disciplina italiana sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali⁶ adottata in attuazione della direttiva 2008/52/CE⁷ prevede una pluralità di modalità di accesso che salvaguardano il diritto fondamentale di rivolgersi all'autorità giudiziaria⁸. Più precisamente, la direttiva ammette che la mediazione, quale procedimento strutturato con il quale le parti tentano su base volontaria e con l'assistenza del mediatore di comporre consensualmente le controversie⁹, sia compatibile con varie modalità di accesso: per iniziativa delle parti, sollecitazione del giudice o prescrizione normativa¹⁰, secondo le scelte di politica del diritto rimesse alle legislazioni attuative degli Stati membri¹¹.

Nell'attuare la direttiva europea, il legislatore italiano ha dovuto considerare le criticità sia del sistema giudiziario, colpito da disfunzioni croniche e da un enorme carico di arretrati, e sia del sistema extragiudiziale delle tutele, che non aveva ancora una disciplina organica della mediazione, né delle altre misure compositive consensuali. Perciò, la scelta politica è stata quella di adottare un modello fortemente costrittivo di mediazione¹², nelle modalità di accesso¹³ e di conduzione¹⁴, oltre

6 Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Sulla disciplina italiana, tra gli altri, v. AA. VV., "La nuova mediazione civile e commerciale" a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA. VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA. VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA. VV., in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2020.

7 Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Con riferimento allo statuto europeo della mediazione, v. AA. VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA. VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA. VV., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA. VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, p. 11 ss.; AA. VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

8 Art. 5, par. 1, Direttiva 2008/52/CE.

9 Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE.

10 Art. 5 direttiva 2008/52/CE.

11 Sui sistemi di accesso alla mediazione previsti dalla direttiva 2008/52/CE, v. D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., p. 125 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., p. 235 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 212 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., p. 873 ss.

12 Cfr. C. PILIA, *Il modello italiano di mediazione: obbligatorietà e volontarietà*, in AA. VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 11, Cagliari, 2019, p. 77 ss.

13 Art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

14 Art. 1, d.lgs. n. 28/2010.

che nelle conseguenze negative per la mancata partecipazione¹⁵ e collaborazione¹⁶ delle parti nel procedimento finalizzato al raggiungimento dell'accordo.

Più precisamente, l'esperimento della mediazione è stato imposto normativamente come condizione legale di procedibilità dell'azione giudiziale nella maggior parte di controversie civili e commerciali¹⁷. In tali casi, l'esperimento della mediazione è obbligatorio prima dell'attivazione del giudizio (cd. mediazione obbligatoria).

Inoltre, in tutte le controversie civili e commerciali aventi per oggetto diritti disponibili è attribuito al giudice il potere di ordinare alle parti di accedere alla mediazione, a pena di ulteriore improcedibilità dell'azione giudiziale¹⁸. Nei giudizi pendenti, fino al grado d'appello, il giudice può imporre la mediazione quando, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, risulti probabile il raggiungimento di un accordo compositivo (cd. mediazione delegata).

L'esperimento della mediazione, ancora, può trovare fondamento in una clausola inserita negli atti costitutivi o statuti degli enti e nei contratti¹⁹. In tal modo, si assume convenzionalmente l'obbligo di attivare la mediazione, magari scegliendo pure l'organismo incaricato di gestire il procedimento compositivo, prima di attivare l'azione giudiziale (cd. mediazione concordata).

Infine, fuori dalle predette ipotesi, la mediazione può essere sempre promossa volontariamente da ciascuna delle parti nelle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili²⁰. Il procedimento di mediazione, pertanto, può essere promosso sia prima dell'esperimento dell'azione giudiziale, che pendente il giudizio (cd. mediazione facoltativa).

Dalle rilevazioni dei dati statistici, pubblicati semestralmente dal Ministero della Giustizia²¹, risulta l'assoluta preminenza delle mediazioni obbligatorie, che per circa l'ottanta per cento sono imposte per legge e per il dieci per cento ordinate dal giudice, mentre meno del due per cento sono quelle derivanti dalle clausole di mediazione. Le mediazioni facoltative, infine, coprono circa il dieci per cento dei procedimenti. L'utilizzazione della mediazione, peraltro, non è sostenuta solamente dalla previsione della condizione di procedibilità legale, giudiziale e convenzionale dell'azione, ma anche dall'applicazione di altre misure sia costrittive che premiali. Tra le prime, vi sono le sanzioni processuali ed economiche a carico della parte che senza giustificato motivo non partecipi alla mediazione²² ovvero rifiuti di aderire alla proposta risolutiva scritta formulata dal mediatore²³, allorquando il giudice adotti una sentenza di contenuto corrispondente²⁴. Tra le seconde, possono menzionarsi le agevolazioni fiscali riconosciute in mediazione²⁵ e le esenzioni dai costi di mediazione per le parti non abbienti²⁶.

Sostanzialmente, grazie all'applicazione della principale misura dell'obbligatorietà si è registrato il dato

15 Art. 8 d.lgs. n. 28/2010.

16 Art. 13 d.lgs. n. 28/2010.

17 Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, che si riferisce alle controversie 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".

18 Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

19 Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

20 Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

21 I raccolti dal Ministero della Giustizia, ai sensi dell'art. 11, Decreto Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010 n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, sono pubblicati ogni semestre e resi disponibili all'indirizzo web istituzionale: Presentazione standard di PowerPoint (giustizia.it)

22 Art. 8, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010.

23 Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

24 Art. 13, commi 1 e 2, d.lgs. 28/2010.

25 Artt. 17 e 20, d.lgs. n. 28/2010

26 Art. 17, comma 5-bis, d.lgs. n. 28/2010

consolidato di oltre centocinquantamila mediazioni civili e commerciali annue. Senza l'obbligatorietà, in particolare, il sistema della mediazione non sarebbe riuscito a partire, né sarebbe a tutt'oggi capace di sostenersi solo con quelle volontarie. Il successo del modello obbligatorio italiano ha assunto una primaria rilevanza nello scenario europeo, tanto da essere studiato²⁷ e, per certi versi, ripreso anche in altre realtà nazionali²⁸.

Durante l'ultimo decennio, anche nell'esperienza italiana si sono diffuse altre procedure compositive extragiudiziali, alcune imposte obbligatoriamente quali condizioni di procedibilità dell'azione. Le principali fattispecie riguardano le controversie in materia di consumo²⁹, con riferimento alle ADR nei settori delle comunicazioni elettroniche³⁰, dell'energia, del gas e del servizio idrico integrato³¹, oltre che le mediazioni di consumo³². Parimenti rilevante è l'imposizione dell'obbligatorietà della negoziazione assistita nelle controversie civili e commerciali avente ad oggetto le domande di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti i cinquantamila euro e per il risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti³³. Anche in questi casi, l'obbligatorietà delle procedure compositive consensuali non ha contribuito solo ad alleviare l'enorme carico del contenzioso giudiziario civile e commerciale, ma ha pure permesso di avviare subito l'infrastrutturazione del nuovo sistema delle tutele consensuali che si dovrebbe sviluppare pienamente anche su base volontaria.

3. L'introduzione di misure sospensive emergenziali.

Le prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi hanno provocato un generalizzato rallentamento e, nelle fasi acute di *lockdown*, persino una serrata delle attività lavorative, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato. Di conseguenza, le autorità sono dovute intervenute mediante una serie di misure emergenziali di tipo giuridico, economico e sociale per limitare gli effetti negativi della crisi pandemica e dell'applicazione delle prescrizioni sanitarie.

Sul piano giuridico, l'approvazione di norme emergenziali è stata accompagnata dalla complessiva riorganizzazione in maniera agile dei processi produttivi (cd. *smart working*), mediante l'utilizzazione massiva di tecnologie e modalità di lavoro a distanza³⁴. Sul piano normativo, anzitutto, è stata disposta

27 C. PILIA, *Modelos de mediación en Europa*, in AA. VV., *Mediación y tutela judicial efectiva: La Justicia del siglo XXI* a cura di J.L. Argudo Pérez, Madrid, 2019, p. 175 ss.

28 Sulla riforma greca dell'obbligatorietà della mediazione (legge 30 novembre 2019 n. 4640), v. VASSILIKI KOUMPLI, *Greece: Institutionalizing Mediation Through Mandatory Initial Mediation Session (Law 4640/2019)*, in *Kluwer Mediation Blog*, January 20, 2020, in <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/20/greece-institutionalizing-mediation-through-mandatory-initial-mediation-session-law-4640>; MARINA PERRAKI, *Mandatory mediation in Greece – the saga continuous*, *ivi*, December 3, 2019.

29 Art. 141, comma 6, cod. cons.

30 Art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche.

31 Art. 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e le cui modalità di svolgimento sono regolamentate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti.

32 Art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

33 Art. 3, decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

34 Sullo *smartworking* durante la crisi pandemica, v. AA. VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Roma, 2020; M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 55 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, p. 67 ss.; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, p. 87 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, p. 169 ss.; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 101 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, p. 107 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 511 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1, 2020, p. 1 ss.

la temporanea sospensione dei termini processuali e sostanziali per l'esercizio dei diritti³⁵. Basti solo considerare che durante il *lockdown* anche gli uffici giudiziari, oltre che le amministrazioni pubbliche e gli studi professionali sono rimasti per mesi chiusi al pubblico.

La gran parte dei processi è stata rinviata nel tempo per l'impossibilità di celebrarli in maniera presenziale. Solo i casi urgenti e indifferibili sono stati trattati con modalità telematiche, rese possibili mediante la riorganizzazione agile dei servizi e l'utilizzazione delle tecnologie, anche per lo svolgimento delle udienze in videoconferenza³⁶. Solo in minima misura e mediante l'utilizzazione di innovative modalità derogatorie rispetto a quelle presenziali ordinarie, quindi, si è riusciti a garantire una provvisoria tutela giudiziale dei diritti durante l'emergenza della crisi pandemica.

La medesima vicenda si è riproposta con riguardo alle tutele extragiudiziali e, in particolare, alla mediazione nelle controversie civili e commerciali. La legislazione emergenziale, infatti, come accaduto per i termini processuali³⁷, ha sospeso temporaneamente anche quelli della mediazione³⁸. Successivamente sono state introdotte delle altre disposizioni emergenziali che hanno disciplinato alcuni aspetti della gestione a distanza del procedimento di mediazione³⁹.

Più precisamente, l'iniziale disposizione emergenziale si riferisce alla mediazione obbligatoria e agli altri procedimenti compositivi imposti come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁴⁰. Il loro mancato esperimento, infatti, avrebbe finito per compromettere l'accesso alla stessa tutela giudiziale dei diritti. Al fine di garantire l'esercizio dei diritti, perciò, durante la prima fase acuta di emergenza pandemica, è stata temporaneamente sospesa la durata dei termini delle tutele giudiziali e di quelle presupposte extragiudiziali. Lo stretto collegamento con il giudizio, in sostanza, ha giustificato l'applicazione della sospensione temporanea dei termini, tanto processuali, quanto della mediazione e dei procedimenti compositivi obbligatori.

35 Sulle disposizioni emergenziali in materia di processo civile e procedure ADR, v. E. DALMOTTO, *I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi*, in *Il caso.it*, 4/5/20, in https://blog.ilcaso.it/news_937; A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 3 ss.; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, p. 133 ss.; F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, p. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, p. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, p. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it.*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, p. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, p. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, p. 737 ss.

36 E. DALMOTTO, *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del COVID-19*, in *Il caso.it*, 24/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_970F; F. RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; A. STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it*; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegua anche a Brescia la trattazione a distanza*, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in *Il famigliatista.it*.

37 Art. 83 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

38 Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020.

39 Art. 83 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

40 Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020, <<Per il periodo di cui al comma 1 (dal 9 marzo al 15 Aprile 2020) sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti.>>.

Le più rigorose misure sanitarie restrittive, quantomeno per il periodo di *lockdown*, imponevano l'isolamento domiciliare e, comunque, vietavano gli assembramenti di persone. Tanto impediva la gestione presenziale anche delle attività inerenti sia ai processi, che alla mediazione e agli altri procedimenti compositivi che coinvolgono più persone, giudice o mediatore, avvocati, parti, periti, consulenti, testimoni, personale di cancelleria e segreteria.

Tuttavia, bisogna evidenziare come la gestione presenziale del processo costituiva, quantomeno fino all'introduzione delle disposizioni emergenziali sulle udienze in videoconferenza o mediante scambio di memorie difensive, l'unica modalità contemplata dal codice di rito per lo svolgimento dei giudizi. Solo con le norme emergenziali, infatti, sono state introdotte per la prima volta e in via provvisoria le modalità di gestione a distanza delle udienze giudiziali, per i diversi ambiti di contenzioso sia pubblico, penale, amministrativo, contabile e tributario, che privato, civile, commerciale e familiare⁴¹.

Per la mediazione e gli altri meccanismi stragiudiziali di composizione dei conflitti, in realtà, la disciplina previgente già contemplava le modalità di gestione a distanza dei procedimenti, senza la necessità della riunione fisica delle persone. Questi meccanismi, infatti, si caratterizzano per la semplicità e l'informalità che sono realizzate anche attraverso gli strumenti di comunicazione a distanza impiegati per l'avvio, lo svolgimento e la definizione dei procedimenti compositivi. Malgrado la disciplina normativa ammettesse la gestione a distanza delle tutele extragiudiziali, nella pratica applicativa la mediazione e, tendenzialmente, le altre procedure stragiudiziali compositive continuavano a svolgersi prevalentemente in maniera presenziale. Si seguiva un approccio molto tradizionale e conservatore in tutti i sistemi di gestione dei conflitti che, sostanzialmente, riproponevano l'impostazione presenziale coltivata dai giuristi nelle aule giudiziarie.

Del resto, quanto meno per la maggioranza dei giuristi, prima dell'emergenza pandemica era mancata l'effettiva frequenza di percorsi formativi teorici e pratici sulle piattaforme elettroniche per apprendere l'integrale gestione a distanza, anche con la videoconferenza, delle tutele giudiziali ed extragiudiziali. Si scontava, in definitiva, un'arretratezza e un'impreparazione culturale, professionale e tecnologica del sistema della giustizia nel suo insieme, anche dal punto di vista delle capacità di gestione agile del lavoro.

4. La mediazione a distanza durante il Covid-19.

La legislazione emergenziale, come accennato, ha espressamente previsto che anche i procedimenti di mediazione potessero essere gestiti a distanza, con l'accordo delle parti, nelle fasi del *lockdown*⁴². La gestione a distanza, infatti, non presupponendo la riunione nello stesso luogo del mediatore, degli avvocati e delle parti, non richiede spostamenti, né contatti fisici e, quindi, non importa tra i partecipanti alcun rischio di contagio del virus⁴³.

41 Artt. 83 ss., d.l. n. 18/2020.

42 Art. 83, d.l. n. 18/2020, comma 20-bis: "Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28".

43 E. DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il COVID-19*, in *Il caso.it*, 29/07/2020, in https://blog.ilcaso.it/news_980/29-07-20/L%E2%80%99arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_durante_il_COVID-19.

L'utilizzazione delle tecniche di comunicazione a distanza, tuttavia, soddisfa plurime esigenze che non si esauriscono in quelle straordinarie insorte con la crisi pandemica, ma più in generale comprendono anche quelle ordinarie funzionali a semplificare, velocizzare e favorire la gestione agile della mediazione e dei procedimenti di tutela, sia extragiudiziali che giudiziali. Per queste ragioni funzionali, già la direttiva 2008/52/CE ha contemplato la possibilità di gestione a distanza della mediazione attraverso i mezzi elettronici⁴⁴, che sono utili per garantire la semplicità, rapidità, economicità e facilità di accesso e utilizzo della mediazione, soprattutto nelle controversie transfrontaliere⁴⁵.

La disciplina attuativa italiana, peraltro, ha previsto espressamente la possibilità di gestione a distanza della mediazione⁴⁶, con l'applicazione di alcune garanzie dirette a favorire l'accessibilità e la sicurezza del servizio compositivo. Sono gli organismi di mediazione, infatti, che fissano le regole di funzionamento mediante proprio regolamento⁴⁷ che, in ogni caso, deve permettere di presentare le istanze anche *offline*⁴⁸ e, inoltre, contenere anche specifiche regole per la gestione a distanza dei procedimenti⁴⁹, nel rispetto della riservatezza dei dati trattati⁵⁰.

Nella materia del consumo, il legislatore europeo ha approvato un pacchetto legislativo che, per un verso, con la direttiva 2013/11/UE⁵¹ disciplina il diritto dei consumatori di accedere ai sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie nei confronti dei professionisti⁵², imponendo requisiti di qualità armonizzati sia per gli organismi e sia per le procedure ADR⁵³. Tali requisiti, tra l'altro, impongono l'accessibilità sia *online* che *offline* degli organismi⁵⁴ e delle procedure⁵⁵, che devono essere gestibili anche a distanza⁵⁶ senza la necessità della presenza fisica delle parti⁵⁷.

Per altro verso, con il collegato regolamento (UE) 524/2013⁵⁸ è stata istituita la piattaforma

44 Considerando n. 9, direttiva 2008/52/CE: "La presente direttiva non dovrebbe minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione".

45 Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

46 Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

47 Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

48 Art. 7, comma 4, d.m. n. 180/2010 ss.mm.

49 Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

50 Artt. 3 e 9, d.lgs. 28/2010 e art. 7, comma 7, d.m. n. 180/2010.

51 Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (*direttiva sull'ADR per i consumatori*). Al riguardo, v. AA. Vv., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016; AA. Vv., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA. Vv., *ADR. Una giustizia complementare* a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018; AA. Vv., *Mediación, arbitraje y juriscicción en el actual paradigma de justicia* coordinato da S. Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, 2016; AA. Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. ALVAREZ VEGA e G. Capilli, Comares, 2016; AA. Vv., *Estudios sobre Justicia online* diretto da E. VÁZQUEZ DE CASTRO, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Comares, 2013; AA. Vv., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* a cura di D.C. Dragos, B.Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014; AA. Vv., *Fodertics II: hacia una justicia 2.0* coordinato da F. BUENO DE MATA, Ratio Legis, 2014; AA. Vv., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, Napoli, 2016; AA.Vv., *Consumer ADR in Europe* a cura di C. HODGE, I. BENÖHR, N. CREUZFELDT-BANDA, Oxford, 2012; AA. Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015.

52 Artt. 1 e 5, Direttiva 2013/11/UE.

53 Capo II Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR, artt. 5-12, direttiva 2013/11/UE.

54 Art. 5, direttiva 2013/11/UE.

55 Art. 8, direttiva 2013/11/UE.

56 Art. 8, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

57 Art. 20, par. 2, lett. f), direttiva 2013/11/UE.

58 Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (*regolamento sull'ODR per i consumatori*). Sulla fonte regolamentare, v. AA. Vv., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018; AA. Vv., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M.J. Ariza Colmenarejo, M. J. Fernández-Figares Morales, Tomson Reuters Aranzadi, 2018; AA. Vv., *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América, Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* diretto da F. Esteban de la Losa, P. Cortés, Tirant lo Blanch, 2015.

elettronica ODR⁵⁹ che costituisce il punto unico di accesso⁶⁰ per la proposizione delle procedure ADR relative al mercato digitale del consumo europeo. Sulla piattaforma ODR, infatti, è disponibile il modulo elettronico da compilare per la presentazione dell'istanza⁶¹ che viene comunicata alle parti⁶² e agli organismi ADR competenti⁶³ che devono essere registrati sulla stessa piattaforma⁶⁴. Le parti e l'organismo, inoltre, possono decidere di avvalersi della piattaforma ODR, che è gratuita e multilingue⁶⁵, anche per la gestione della procedura ADR di consumo⁶⁶.

Le disposizioni comunitarie sulle ADR in materia di consumo, comprese quelle sull'accessibilità a distanza, sono state recepite dal legislatore italiano⁶⁷ mediante una novellazione del codice del consumo⁶⁸. Come accennato, seppur di regola volontario⁶⁹, l'esperimento della procedura ADR costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁰ con riferimento alle controversie relative ai settori delle comunicazioni elettroniche⁷¹ e dell'energia, gas e servizio idrico integrato⁷², oltre che per le mediazioni obbligatorie di consumo⁷³.

Con modalità di comunicazione a distanza, inoltre, si gestisce la procedura di negoziazione assistita tramite avvocati introdotta nell'ambito del processo di degiurisdizionalizzazione del contenzioso⁷⁴, di regola su base volontaria⁷⁵, per le controversie civili, commerciali e delle crisi familiari⁷⁶. In tali, casi, infatti, il negoziato è condotto dagli avvocati, che si scambiano gli atti della procedura a distanza⁷⁷, anche nei casi in cui essa costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁸.

Rispetto a un siffatto quadro normativo oramai consolidato, pertanto, è intervenuta la legislazione emergenziale che, dopo la temporanea sospensione della mediazione e delle altre procedure compositive obbligatorie, ne ha espressamente ammesso l'esperimento a distanza durante la pandemia, con l'accordo

59 Art. 5, regolamento (UE) n. 524/2013.

60 Art. 5, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

61 Art. 8, regolamento (UE) n. 524/2013.

62 Art. 9, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

63 Art. 9, par. 6, regolamento (UE) n. 524/2013.

64 Art. 5, par. 6, regolamento (UE) n. 524/2013.

65 Art. 5, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

66 Art. 10, lett. d), regolamento (UE) n. 524/2013.

67 Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 "Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)".

68 Artt. 141-141-*decies*, costituenti il «Titolo II-bis - Risoluzione extragiudiziale delle controversie», della parte V (Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia) del codice del consumo. Sulla disciplina codicistica italiana, v. AA. VV., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016; AA. VV., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015; C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, p. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2017, p. 1064 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "arbitro per le controversie finanziarie"*, in *Riv. dell'arbitrato*, n. 4, 2016, p. 693 ss.; F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/646/M.%20Francesca.pdf>, 2015, p. 1 ss.

69 Art. 141, comma 4, cod. consumo.

70 Art. 141, comma 6, cod. consumo.

71 Art. 141, comma 6, lett. b), cod. consumo.

72 Art. 141, comma 6, lett. c), cod. consumo.

73 Art. 141, comma 6, lett. a), cod. consumo.

74 Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, recante: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". Su tale disciplina, tra i tanti, v. F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4/2015, p. 649 ss.; C. PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione» della giustizia civile*, in *Punzi, Il processo civile - Le riforme del quinquennio 2010 - 2014*, Torino, 2015, p. 1 ss.; G. FREZZA, "Degiurisdizionalizzazione", *negoziazione assistita e trascrizione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/2015, p. 18 ss.

75 Art. 2, d.l. n. 132/2014.

76 Art. 6, d.l. n. 132/2014.

77 Art. 4, d.l. n. 132/2014.

78 Art. 3, d.l. n. 132/2014.

delle parti⁷⁹. In effetti, le disposizioni in vigore già ammettevano la gestione a distanza delle procedure compositive extragiudiziali, ancorché la prevalente prassi fosse incline alle modalità presenziali di gestione. La citata disposizione emergenziale, pertanto, si è limitata a esplicitare e, per certi versi, sollecitare l'applicazione di una disciplina che era già in vigore, ancorché fino ad allora fosse rimasta scarsamente sfruttata.

Sempre per favorirne la gestione a distanza, la legislazione emergenziale ha apportato alla disciplina vigente alcune significative novità normative e organizzative che hanno permesso di superare la necessità dei contatti fisici implicati negli incombenti procedurali iniziali e finali. Più precisamente, le disposizioni emergenziali hanno permesso che la parte possa dare a distanza l'incarico all'avvocato affinché l'assisti in mediazione⁸⁰ e, in caso di accordo conciliativo, che il mediatore, le parti e gli avvocati possano sottoscriverlo a distanza⁸¹.

La soluzione innovativa che ammette la certificazione a distanza delle sottoscrizioni, peraltro, non trova applicazione soltanto per la mediazione e le altre procedure compositive extragiudiziali, ma anche per le procedure giudiziali⁸². In tal senso, si è assistito a una decisa innovazione e semplificazione procedimentale che, durante la crisi pandemica, ha permesso di ovviare alle restrizioni sanitarie nella circolazione delle persone e ai divieti di loro assembramenti. Sarebbe auspicabile che siffatte soluzioni procedurali superassero la fase emergenziale, per divenire soluzioni strutturali, di "gestione agile delle tutele" tanto in ambito extragiudiziale, quanto giudiziale⁸³. Tanto si rende necessario per affrontare l'ondata di conflittualità generata dalla crisi pandemica e, più in generale, per ammodernare e dare efficienza al sistema italiano delle tutele per tanti versi ancora troppo arretrato e farraginoso.

5. Le disposizioni privatistiche.

La legislazione emergenziale ha pure introdotto importanti disposizioni di carattere sostanziale, applicabili ai rapporti privatistici contrattuali e, più in generale, obbligatori che hanno subito gli effetti

79 M. MARINARO, *Semplificato l'iter per la mediazione, videoconferenza e accordo «a distanza»*, in *Guida al diritto* del 30 maggio 2020, p. 89 ss.

80 Art. 83, comma 20-bis, D.L. 17/2020: "Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28".

81 Art. 83, comma 20-ter, D.L. 18/2020: "Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia".

82 Il problema della conciliazione giudiziale da remoto è stato risolto con la modifica dell'art. 88, comma 2, disp. att. c.p.c. introdotta con la l. n. 70/2020 di conversione del d.l. n. 28/2020, nel quale è stato inserito un secondo comma così formulato: "Quando il verbale d'udienza, contenente gli accordi di cui al primo comma ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice, è redatto con strumenti informatici, alla sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposta dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza". A.L. TERZI, *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale*, in *Questione giustizia*, 7.7.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-del-lavoro-l-udienza-da-remoto-e-la-conciliazione-giudiziale>.

83 E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it*, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971; M. MARINARO, *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in *www.Judicium.it* del 1° giugno 2020, p. 1 ss.

negativi della crisi pandemica⁸⁴. Il rispetto delle prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi, nel limitare direttamente o indirettamente il normale svolgimento delle attività, ha complicato notevolmente e, in molti casi, reso impossibile l'esecuzione delle prestazioni dovute. L'inattuazione diffusa degli impegni giuridici ha ingenerato una generalizzata criticità, assai pericolosa sul piano della tenuta economica e sociale dell'ordinamento.

Con la più significativa disposizione privatistica di portata più generale, perciò, si è riconosciuto che dell'osservanza delle prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi si deve tenere conto nel valutare la responsabilità del debitore e le altre conseguenze dell'inadempimento⁸⁵. In sostanza, a seconda dei casi, si introduce un'esimente ovvero un'attenuante di responsabilità per coloro che non hanno potuto adempiere in ragione delle prescrizioni sanitarie anticovid. Per l'ampia portata e la formulazione aperta, in effetti, la disposizione non si riferisce alla sola fattispecie codicistica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma abbraccia un ventaglio molto più ampio di situazioni di graduata difficoltà. Inoltre, la disposizione rimane aperta anche sul piano rimediale. La risoluzione del contratto e l'estinzione dell'obbligazione, quali rimedi estintivi, non paiono soddisfare tutte le esigenze protettive, che richiedono anche rimedi correttivi e manutentivi del rapporto giuridico, da adeguare alle sopravvenienze pandemiche⁸⁶.

A tal fine, la legislazione emergenziale comprende numerose altre disposizioni settoriali adottate con la specifica finalità di salvaguardare le relazioni giuridiche⁸⁷. Così, tra gli altri, possono menzionarsi gli interventi privatistici in materia di rapporti di lavoro⁸⁸, bancari⁸⁹, di

84 Sulle discipline emergenziali dei rapporti privatistici, tra i tantissimi contributi pubblicati, v. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 207 ss.; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, p. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, p. 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, p. 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, p. 237 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, p. 253 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, *ivi*, p. 259 ss.; M. ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, p. 267 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 3 ss.; R.M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, *ivi*, p. 11 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, p. 143 ss.; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, p. 151 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, di Claudio Scognamiglio, *ivi*, p. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, *ivi*, p. 169 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, *ivi*, p. 225 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, p. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, p. 245 ss.

85 Art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13, dispone "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

86 Con riferimento a questa disposizione emergenziale, tra gli altri, v. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziavivile.com*, 2020, in www.giustiziavivile.com; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 213 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 245 ss.

87 A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 383 ss.

88 M. FATICATO, *Ammortizzatori sociali per Covid-19 e la schizofrenia normativa: dalla conversione del d.l. Cura Italia al d.l. Rilancio*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 195 ss.; M. VERZARO, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, *ivi*, p. 277 ss.; P. IERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 293

89 L. SICIGNANO, *La modifica unilaterale dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Prime riflessioni*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 27 ss.; S. GUADAGNO, *La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento*, *ivi*, p. 53 ss.; R.M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, cit., p. 11 ss.

locazione⁹⁰, dei servizi turistici⁹¹, etc. A tal fine, tuttavia, le autorità hanno dovuto adottare massicce politiche pubbliche di sostegno economico e assistenziale, a favore di ampie fasce di popolazione, lavoratori, professionisti e imprese. In tal modo, si sono intesi tutelare i fabbisogni primari delle persone in difficoltà, ma anche preservare il tessuto produttivo del Paese che è stato gravemente pregiudicato dal protrarsi della crisi pandemica⁹².

Le misure economiche, per tanti versi, hanno inteso mitigare gli effetti pregiudizievoli della pandemia, nel tentativo di contenere l'accesa conflittualità che si prospetta sia nei rapporti privatistici, che verso la pubblica amministrazione, soprattutto quella tributaria.

6. L'obbligatorietà della mediazione per le controversie contrattuali originate dal Covid

La grave crisi pandemica è causa del diffondersi di una profonda e generalizzata conflittualità che si insinua in tutti i settori, sia pubblici che privati, dell'ordinamento, minacciando la tenuta della coesione economica e sociale, sia interna che internazionale. Tendenzialmente, tutti i rapporti giuridici sono esposti agli effetti negativi della crisi pandemica e, pertanto, si rende necessario approntare meccanismi rapidi ed efficienti di tutela, anche avvalendosi delle soluzioni tecnologiche che si sono sperimentate nella fase emergenziale.

Si ipotizza, infatti, un'imponente ondata di contenziosi collegati alla crisi pandemica che ha alterato in maniera significativa sia la normalità della dinamica dei rapporti e sia l'equilibrio delle posizioni giuridiche che si avevano prima dell'affacciarsi del Covid. Non è pensabile che con il superamento della fase emergenziale si torni automaticamente, tantomeno in breve tempo, alla situazione precedente. Ne sono conferma le misure finanziarie straordinarie che a livello europeo, nazionale e locale si stanno approvando per garantire la tenuta dell'ordinamento e la graduale ripresa delle attività, con la necessaria approvazione di riforme strutturali che interessano anche la giustizia e il sistema delle tutele giudiziali e stragiudiziali.

L'attuale sistema giurisdizionale, infatti, non appare in grado di reggere l'ondata di conflittualità scatenata dalla crisi pandemica. Per un verso, come accennato, le misure sanitarie anticovid hanno paralizzato e, comunque, rallentato enormemente l'ordinaria attività degli uffici giudiziari, così da provocare l'incremento degli arretrati e, per tanti versi, esasperare le croniche criticità strutturali della giurisdizione italiana. Tantomeno, gli uffici giudiziari sembrano in grado di fare fronte alla nuova conflittualità generata dalla pandemia, soprattutto se non si avviano le attese riforme di sistema che diano finalmente efficienza alla tutela giurisdizionale.

Anzitutto, bisogna intervenire sui meccanismi extragiudiziali di composizione dei conflitti che devono operare in via preventiva rispetto all'avvio del processo. Solo in tal modo, per un verso, si impedisce che si sovraccarichi e, quindi, si paralizzi l'attività giurisdizionale, impaludandola nella

90 L. MASSA, *Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, in AA. Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 309 ss.; F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, ivi, p. 315 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., p. 235 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 233 ss.

91 R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., p. 225 ss.; V. VILLANOVA, *I viaggi e gli spostamenti al tempo del Covid-19: qualche riflessione sullo scioglimento del contratto e sulla tutela di passeggeri e viaggiatori*, in AA. Vv., *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, a cura di E. Lucchini Guastalla, Torino, 2020, p. 71 ss.; A. PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 596 ss.

92 G. ILIAS VIGLIOTTI, *Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, AA. Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 251 ss.; M. FALSONE, *Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?*, in AA. Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 95 ss.

miriade di contenziosi che dovrebbero essere definiti con altri e più appropriati mezzi compositivi. Perlomeno, bisognerebbe provare a risolverli in via pregiudiziale. Per altro verso, in questo modo si eviterebbe che i conflitti si esasperino e finiscano per degenerare in una conflittualità diffusa che costituisce un'insidia temibile per la coesione economica e sociale del Paese.

Tra gli strumenti extragiudiziali, peraltro, sarebbero da favorire quelli finalizzati al raggiungimento di una soluzione amichevole di tipo consensuale e, in specie, la mediazione⁹³. I vantaggi dei meccanismi consensuali, infatti, consistono proprio nella capacità di rinsaldare le relazioni tra le parti in conflitto, accompagnandole verso nuovi assetti reciprocamente vantaggiosi. Soprattutto in questa fase, infatti, la priorità del sistema delle tutele dovrebbe essere quella di tentare in via immediata di comporre amichevolmente i conflitti, con soluzioni che siano condivise dai contendenti.

In tal senso, nella legislazione emergenziale si ravvisa un'altra disposizione significativa che impone la condizione di procedibilità dell'esperimento della mediazione per le controversie contrattuali originate dall'applicazione delle prescrizioni sanitarie anticovid⁹⁴. Una nuova fattispecie di mediazione obbligatoria, quindi, che intende proprio deflazionare il contenzioso giudiziario, ma più in profondità sviluppare una dinamica amichevole di composizione dei conflitti in chiave solidaristica.

Una siffatta lettura teleologica della nuova obbligatorietà della mediazione per le controversie contrattuali Covid, peraltro, è suggerita dalla collocazione sistematica della disposizione emergenziale subito di seguito rispetto a quella sostanziale che ha introdotto l'esimente dalla responsabilità collegata all'osservanza delle prescrizioni sanitarie⁹⁵. In pratica, le due disposizioni si collegano funzionalmente nel responsabilizzare le stesse parti a trovare una soluzione amichevole per la crisi del rapporto, anche avvalendosi dell'assistenza del mediatore prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Si ravvisano le prime indicazioni che, sul piano sostanziale e procedimentale, tracciano le linee evolutive delle soluzioni amichevoli per la conflittualità pandemica, con il diretto e responsabile coinvolgimento delle parti contendenti. Esse, in primo luogo, devono farsi carico di trovare un componimento bonario, che permetta di superare la crisi mantenendo la relazione. Si tratta, com'è evidente, di disposizioni necessarie, ma ancora non sufficienti, in quanto occorrono riforme strutturali di portata generale improntate al principio solidaristico.

7. L'applicazione dei principi generali dell'ordinamento.

La crisi pandemica, per tanti versi, ha mostrato alcune criticità strutturali sul piano delle discipline sia sostanziali e sia delle tutele che segnano il nostro ordinamento. Probabilmente, l'emergenza Covid contribuisce al processo di riforma già in atto che, invero, da tempo si sarebbe dovuto avviare e che,

93 Con riferimento agli interventi della legislazione emergenziale sulla mediazione, M. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto del 25 luglio 2020*, p. 79 ss.

94 L'art. 1, comma 1, della legge 25 giugno 2020, nel convertire con modifiche il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, ha disposto che "All'art.3 del d.l. 23.2.20 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n.13 dopo il comma 6-bis è inserito il seguente: 6-ter nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi dell'art.6 bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 5 del Decreto Legislativo 28/10, costituisce condizione di procedibilità della domanda".

L'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ha introdotto il comma 6-bis, del citato art. 3, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, che dispone "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

95 M. SCARSI, *Mediazione e controversie covid 19*, in *Diritto.it*, 8 luglio 2020, in <https://www.diritto.it/mediazione-e-controversie-covid-19/>.

comunque, non pare più differibile. All'attuazione delle riforme strutturali, a cominciare da quelle della giustizia, infatti, le istituzioni europee subordinano l'erogazione degli ingenti finanziamenti del *recovery and Resilience fund* per l'Italia⁹⁶.

Evidente appare l'insufficienza delle disposizioni emergenziali rispetto agli ambiziosi obiettivi del Paese di comporre la conflittualità originata dalla pandemia e, in prospettiva, realizzare le attese riforme strutturali della giustizia. Tanto è dimostrato dalla necessità di fare ricorso, in via interpretativa, ai principi generali dell'ordinamento, cominciando da quelli di solidarietà e buona fede per gestire le sopravvenienze del Covid-19.

Da tempo sia la dottrina che la giurisprudenza avevano segnalato i limiti del sistema codicistico delle sopravvenienze contrattuali, tutto incentrato sulla risoluzione per impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta⁹⁷. Da riconsiderare, da un lato, sono gli angusti spazi applicativi delle due tradizionali fattispecie tipizzate nel codice civile, da estendere a una serie di altre situazioni parimenti rilevanti, in quanto idonee ad alterare in maniera significativa l'iniziale equilibrio delle posizioni dei contraenti. Dall'altro, occorre pure ripensare l'apparato rimediario, ancora tutto incentrato sull'approccio demolitorio, che pone fine alla relazione giuridica alterata, piuttosto che intervenire per la sua conservazione mediante il ripristino dell'equilibrio delle posizioni delle parti coinvolte.

Prendendo spunto dai numerosi indici normativi contenuti sia nella disciplina codicistica dei contratti in generale e sia in quelle dei contratti speciali, ma soprattutto attraverso un'applicazione diretta dei principi generali di solidarietà e buona fede, autorevole dottrina⁹⁸ ha sostenuto l'esigenza di un complessivo superamento del tradizionale approccio alle sopravvenienze contrattuali. In tal senso, i principi generali permettono sia di dare rilevanza a ulteriori fattispecie sopravvenute, diverse dall'impossibilità e dalla eccessiva onerosità sopravvenuta, che siano capaci di alterare in maniera significativa l'iniziale equilibrio contrattuale delle posizioni. Sempre i principi generali giustificano l'applicazione di rimedi nuovi di tipo conservativo-correttivo, finalizzati al ripristino dell'equilibrio delle posizioni. In tal senso, si afferma l'applicazione generale del rimedio della rinegoziazione attraverso cui le parti sono tenute a tentare una revisione consensuale del rapporto al fine di riportarlo all'iniziale posizione di equilibrio. Nell'esercizio di un siffatto rimedio finalizzato a realizzare una gestione solidale delle sopravvenienze, le parti si devono attenere al principio di buona fede. In mancanza, peraltro, spetta al giudice un intervento correttivo, diversamente atteggiato a seconda dei casi e degli interessi delle parti⁹⁹.

Verso una tale riforma delle sopravvenienze, peraltro da tempo realizzata da altri ordinamenti nazionali sulla scorta di principi internazionali¹⁰⁰, si stava avviando anche l'Italia con il progetto di

96 Con riferimento ai sistemi di finanziamento della crisi in Europa, v. AA. VV., *Andamento congiunturale*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2020, p. 525 ss.

97 Sulle varie posizioni sostenute in dottrina e giurisprudenza, G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, p. 3 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; R. SACCO, in R. SACCO, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1708 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

98 G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 5 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 207 ss.

99 In proposito, v. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. p. 345 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, ivi, p. 359 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, ivi, p. 383 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, ivi, p. 403 ss.; G. SPARANO, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, ivi, p. 413 ss.; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, ivi, p. 417 ss.

100 F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 210.

legge governativa di revisione del codice civile¹⁰¹. L'emergenza pandemica, con ogni probabilità, darà una spinta decisiva per l'approvazione della riforma sostanziale delle sopravvenienze contrattuali nella disciplina codicistica¹⁰².

Non meno importante, tuttavia, è l'attesa riforma organica dei sistemi di tutela, a cominciare da quelli extragiudiziali di risoluzione consensuale, che si incentrano sul meccanismo della mediazione. Da anni si sollecita una riforma che ha formato oggetto di elaborazione ad opera di autorevoli Commissioni di studio¹⁰³. L'esigenza, infatti, è quella di dare finalmente effettività alle tutele¹⁰⁴ e, quindi, garantire che le parti procedano esse stesse alla rinegoziazione del rapporto, non solo nei casi di sopravvenienze contrattuali, ma ogni qual volta insorga un conflitto, prima di attivare la tutela giudiziale. Al riguardo, le organiche discipline di matrice comunitaria della mediazione e dei sistemi ADR/ODR di consumo offrono un quadro di principi generali, regole di funzionamento e organizzazione dei servizi compositivi che possono utilmente essere impiegati per garantire l'effettività delle tutele dei diritti.

8. Verso una riforma strutturale delle tutele: tecnologie e meccanismi partecipativi

L'imposizione dell'obbligo legale della mediazione, oltre che delle altre procedure compositive extragiudiziali, quali condizioni di procedibilità dell'azione giudiziale, in effetti, costituisce una misura costringente che, per tanti aspetti, si rende necessaria per sostenere l'indifferibile introduzione di un nuovo sistema di tutele consensuali che sia effettivamente praticato. L'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione, come pure delle altre procedure compositive, peraltro, costituisce una misura funzionale non solo alla gestione dell'ondata di nuova conflittualità provocata dall'emergenza pandemica, ma più in generale al superamento dell'oramai cronica crisi strutturale del sistema italiano delle tutele, che si avviano ancora sull'automatismo generalizzato dell'approdo giurisdizionale¹⁰⁵.

L'obbligatorietà della mediazione, trascorsa oramai una decina di anni dalla sua introduzione in Italia, ha cominciato a dare i suoi frutti, permettendo di infrastrutturare il relativo sistema e avviare un nuovo approccio nella gestione consensuale dei conflitti. Il cambiamento è iniziato, ma i tempi di realizzazione sono lunghi e richiedono uno sforzo corale di tutti. Ancora una volta, la crisi pandemica può innescare una necessaria accelerazione dell'avviato processo di cambiamento, con una generalizzazione dell'utilizzo degli strumenti di autocomposizione negoziale dei conflitti sui diritti disponibili.

101 Sul disegno di legge governativo per la revisione del codice civile (DDL Senato n. 1151), presentato in Parlamento, v. F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, p. 571 ss.; L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 5/2019, p. 589 ss.; A. GENTILI, *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile) – Introduzione*; M. AINIS, *Il buon legislatore e il codice civile*; A. BELVEDERE, *Alcuni aspetti del drafting legislativo*; V. ROPPO, *Note minime in tema di drafting legislativo e revisione del codice*; H. SIMONETTI, *Il drafting legislativo e la riforma del codice civile*, contenuti negli *Atti del Convegno "Il Drafting Legislativo (per una revisione del codice civile)"* organizzato dalla Associazione dei Civilisti italiani a Roma il 25 gennaio 2019, resi disponibili online all'indirizzo: <https://www.civilistiitaliani.eu/>.

102 Sul documento presentato dall'Associazione dei Civilisti italiani a sostegno della riforma codicistica delle sopravvenienze contrattuali, v. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, p. 4 ss.

103 In particolare, merita di essere segnalata la proposta di organica riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione formulata dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa, nominata dal Ministro della Giustizia con d.m. 7 marzo 2016, AA. VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, p. 793 ss.

104 G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato, Saggi*, 2020/1, p. 3 ss.

105 V. MAGLIONE, *Il lockdown toglie spazio alla mediazione. Ma intanto l'arretrato civile cresce*, in *Il Sole24ore*, 23 novembre 2020, in https://www.ilssole24ore.com/art/il-lockdown-toglie-spazio-mediazione-ma-intanto-l-arretrato-civile-cresce-ADwazh1?refresh_ce=1.

Invero, l'imposizione dell'obbligatorietà legale e di quella giudiziale costituisce il modello costrittivo reso necessario in ragione dell'evidente carenza di cultura della mediazione e delle altre ADR/ODR, quali meccanismi complementari alla giurisdizione che concorrono a formare il sistema moderno della giustizia. Si potrebbe e, in prospettiva, si dovrà prescindere dall'imposizione eteronoma della mediazione se il suo esperimento diviene scelta volontaria e responsabile che trovi piena condivisione e valido sostegno da parte di tutta la società¹⁰⁶.

L'approdo della riforma strutturale della giustizia, invero, dovrebbe essere l'assunzione generalizzata dell'impegno verso una gestione sostenibile e responsabile dei conflitti, come proiezione solidaristica del senso più profondo dell'appartenenza alla comunità. Le istituzioni, a cominciare da quelle preposte all'educazione e alla formazione, infatti, dovrebbero assumere un ruolo strategico in questo processo di cambiamento dalla mentalità del litigio, verso quella del dialogo e dell'accordo. Ma le stesse amministrazioni pubbliche nella gestione dei conflitti, a cominciare da quelli interni e con altre amministrazioni, dovrebbero seguire un approccio lealmente collaborativo. Lo stesso approccio si dovrebbe diffondere tra le imprese, anche attraverso meccanismi premiali di tipo reputazionale e competitivo da diffondere nelle dinamiche virtuose di mercato. I cittadini, infine, dovrebbero conoscere e sostenere il valore civico ed etico dell'approccio collaborativo, senza necessità che continui ad essere imposto dalla legge o da un ordine del giudice.

Solo in questa prospettiva di evoluzione collaborativa, per tanti aspetti utopica negli attuali scenari italiani di crisi strutturale e pandemica, l'introduzione generalizzata dell'obbligatorietà della mediazione per la gestione dei conflitti costituisce la premessa per il passaggio all'assunzione volontaria dell'impegno responsabile alla gestione collaborativa dei conflitti¹⁰⁷. Almeno questo è l'auspicio di una stagione di riforme e miglioramenti in senso solidaristico per la giustizia e, più in profondità, per l'intera società.

106 In proposito, v. AA. VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020.

107 Sul nuovo approccio collaborativo nella gestione dei conflitti, v. E. LAUROBA, *El derecho colaborativo como ADR y herramienta de la abogacía del futuro*, in AA.VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, cit., p. 43 ss.



A ADVOCACIA COLABORATIVA COMO INSTRUMENTO PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DE ACESSO À JURISDIÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

**Fabiana Marion Spengler
Maini Dornelles**

1. Considerações Iniciais

O acesso à justiça foi uma conquista importante dos cidadãos, entretanto frequentemente o acesso à jurisdição é confundido com o acesso à justiça. Ao desconhecer todas as hipóteses de acesso à justiça o cidadão se reporta sempre ao Judiciário, o que levou ao acúmulo de demandas e, conseqüentemente, à morosidade judicial.

Sendo assim, o presente trabalho visa a estudar a advocacia colaborativa como uma política pública para resolver conflitos de forma extrajudicial, utilizando o método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa geral para que ao final se possa chegar a uma específica. Quanto ao procedimento será utilizado o monográfico, e assim buscar-se-á responder a seguinte problemática de pesquisa: tendo em vista as formas extrajudiciais para tratamento de conflitos trazidas pelo Código

de Processo Civil, a advocacia colaborativa pode ser considerada uma política pública no tratamento dos conflitos?

Para que seja possível responder o problema de pesquisa será estudado no primeiro item, a necessidade de romper o paradigma que aponta o acesso à jurisdição como único caminho para o acesso à justiça, na sequência serão analisados os procedimentos extrajudiciais e o novo Código de Processo Civil de 2015.

Para finalizar e responder o questionamento será estudada a advocacia colaborativa como uma política pública para tratar conflitos, sendo que a partir da análise será possível concluir que apesar de ser uma nova forma de tratamento de conflitos, se posta em prática pode proporcionar eficácia e celeridade na resolução de conflitos.

2. A Necessária Superação do Paradigma de Acesso à Jurisdição como Acesso À Justiça

Está comprovado que a jurisdição¹ brasileira é morosa e por vezes ineficaz. Em razão desta demora no andamento processual, e mesmo existindo formas alternativas para a resolução de conflitos os cidadãos ainda buscam o Poder Judiciário. Por este motivo é necessário quebrar o paradigma de que somente acessando o judiciário será possível alcançar justiça.

Para estudar a superação do paradigma é necessário compreender o que significa, bem como realizar uma análise da crise que se instaurou junto ao Poder Judiciário. Para isso será feita uma breve análise do Relatório Justiça em números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça².

O dicionário on-line de português traz o conceito de paradigma da seguinte forma: “Exemplo ou padrão a ser seguido; modelo”³. De outro modo: “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham, e inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”⁴.

O paradigma fornece aos cientistas formas de solucionar inúmeras situações, é com base nele que se busca solucionar falhas, buscando uma nova teoria, um novo conceito; é preciso quebrar um paradigma para que seja possível inovar com a cultura de determinada comunidade⁵.

Existem confusões quanto aos conceitos de paradigma e cultura, visto que não são sinônimos e comumente são empregados como se fossem, por este motivo é importante esclarecer do conceito de cultura, a fim de diferenciar de paradigma⁶.

Cultura é a união de crenças, de saberes, de costumes que se estabelece em determinada

1 Este fato será comprovado na sequência, com a análise do Relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.

2 Visando a atender o princípio constitucional da publicidade, o Conselho Nacional de Justiça completa o ciclo de exposição e transparência do Poder Judiciário. Com intuito de dar ciência a todo o povo brasileiro, os números do CNJ, apresentando dados como de, por exemplo, gastos feitos, para que e com o que, os processos julgados, para que a partir destes dados haja o aperfeiçoamento da instituição (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2020.>).

3 DICIONÁRIO ON-LINE. **Significado de paradigma**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/paradigma/>>. Acesso em 26 abr. 2020.

4 KUHN, T.S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

5 Pode-se dizer que uma comunidade é um grupo de seres humanos que partilham elementos em comum, como o idioma, os costumes, a localização geográfica, a visão do mundo ou os valores, por exemplo, (DICIONÁRIO ON-LINE. **Significado de paradigma**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/paradigma/>>. Acesso em 26 abr. 2020).

6 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. “Na Medicina e no Direito: como se rompe um paradigma.” **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 12, p. 98-115, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7239>>. Acesso em: 04 maio 2020.

comunidade, exemplo disso são lendas locais, muito comuns em cidades pequenas e interioranas.

Cultura significa todo aquele complexo que inclui o conhecimento, a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes e todos os hábitos e aptidões adquiridos pelo ser humano não somente em família, como também por fazer parte de uma sociedade da qual é membro⁷.

Da análise dos conceitos de paradigma e cultura compreende-se que cultura é ampla e passa a existir como consequência de anos de práticas realizadas por determinado grupo social. Enquanto paradigma é mais estrito, e “limita-se a um modelo, a um exemplo a ser seguido, definindo-se sempre a partir de uma cultura”⁸.

Compreende-se, mediante desta análise, que os paradigmas se formam pelo cultivo de determinada cultura. Após compreender o que é um paradigma, será analisado o acesso à justiça e a necessidade que se tem na sociedade atual de romper o paradigma de acesso à jurisdição como acesso à justiça.

Há algumas décadas o Poder Judiciário estava afastado da sociedade, atualmente, rompeu-se esse paradigma, aproximando o cidadão da jurisdição, o que levou a um demasiado acesso, ocasionando a crise e a morosidade conhecida dos jurisdicionados.

O acesso ao Judiciário é direito de todos, o que outorgou ao Estado o monopólio do exame e decisão dos conflitos, o que leva conseqüentemente à morosidade na resolução destes enfrentamentos diante da massividade de ações. Por este motivo se fez necessária uma revisão na prestação de serviços jurisdicionais⁹.

O conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes ao longo dos anos, dentre as quais enfatiza-se a perda do caráter individualista em razão da concepção da sociedade moderna, caracterizada por relacionamentos que assumiram caráter coletivo em virtude de numerosos direitos e deveres sociais comunitários¹⁰.

O direito de “acesso à justiça” é conhecido como o mais básico dos direitos humanos, pois é por ele que o jurisdicionado busca garantir ou reparar um direito violado, neste sentido:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹¹.

7 DICIONÁRIO ON-LINE. **Significado de cultura**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/cultura/>>. Acesso em 15 mar. 2020.

8 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. “Na Medicina e no Direito: como se rompe um paradigma.” **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 12, p. 98-115, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7239>>. Acesso em: 04 maio 2020.

9 DORNELLES, Maini; KUNDE, Bárbara Michele Moraes. “O movimento de desjudicialização de procedimentos e o acesso à justiça à luz do princípio constitucional da solidariedade”, **XVI Seminário Internacional demandas sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea e XII Mostra Internacional de trabalhos científicos**, p. 1-14, 2019. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19508/1192612224>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

10 SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein. “O Acesso à Justiça como Direito Humano Fundamental: Retomada histórica para se chegar à concepção atual.” **Direito Público**: Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 49, p. 112-139, jan./fev. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2202/1149>>. Acesso em 10 mar. 2019.

11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11-12.

Devido a demasiada demora no andamento processual, a população passou a desconfiar da prestação de serviços por parte do Poder Judiciário¹², sendo que o órgão jurisdicional que tutela direitos e proporciona “justiça” a população, não deveria ser visto com olhos de desconfiança.

Para demonstrar a morosidade instaurada no Poder Judiciário brasileiro, será feita uma análise do Relatório Justiça em números, em sua 15^o edição, no ano de 2019, com dados relativos ao ano de 2018. O relatório mencionado vem sendo publicado anualmente desde 2005, com o intuito de dar transparência aos serviços jurisdicionais¹³.

No ano de 2018 o tempo médio decorrido entre o protocolo de petição inicial até que fosse proferida a sentença era de 2 anos e dois meses e entre a inicial e a baixa definitiva do processo, 3 anos. Os processos mais antigos, conhecidos como meta nacional 2, foram solucionados com mais afinho pelo Poder Judiciário¹⁴.

Quanto ao tempo de execução (que é quando quem “vence” a fase de conhecimento chama quem “perdeu” a cumprir certa obrigação), o tempo de demora é alarmante, sendo que na Justiça Federal, o tempo médio é de oito anos e um mês e na Justiça Estadual é de seis anos e dois meses.

Visto os números de morosidade processual, será analisado os dados de conciliações trazidos no relatório. O relatório computa os índices de conciliação pelo percentual de homologação de acordos em relação ao total de sentenças e decisões terminativas que são proferidas.

No 1^o grau, o índice de conciliação foi de 13,2%. No 2^o grau, a conciliação é praticamente inexistente. A conciliação apresentou índices muito baixos em todos os segmentos de justiça, “as sentenças homologatórias de acordo representaram, em 2018, apenas 0,9% do total de processos julgados”¹⁵.

Quanto aos Juizados Especiais, na Justiça Estadual, o índice de conciliação foi de 16%, sendo na Justiça Federal de 11% e na Justiça Estadual 18%. Quando comparado com o ano anterior houve aumento de 0,2% em fase de 2^o grau e redução de 7% em fase de primeiro grau.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo - valor que aumenta para 39% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. O TRT2 apresentou o maior índice de conciliação do Poder Judiciário, com 31% de sentenças homologatórias de acordo. Ao considerar apenas a fase de conhecimento do 1^o grau, o maior percentual é verificado no TRT9 com 48%¹⁶.

Da análise dos dados fica claro que apesar de a conciliação ser uma política adotada pelo Conselho Nacional de Justiça há mais de 15 anos, ainda não surte efeitos necessários para a redução da morosidade do Poder Judiciário.

É necessário que sejam pensadas formas de fazer com que a população passe a analisar o próprio conflito, entender o que levou ao desentendimento e busque uma solução; entenda que um terceiro envolvido (Magistrado) nem sempre compreenderá tão bem a realidade e o conflito, quanto às partes envolvidas, para que assim seja possível romper o paradigma de acesso à justiça somente,

12 A cada ano a população confia menos no Poder Judiciário, uma pesquisa realizada pela FGV (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo), para 89% dos entrevistados o judiciário é moroso, no quesito honestidade o índice também é alto, conforme 67 % dos entrevistados o Judiciário é pouco confiável (MORAES, Daniela Marques. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à Justiça**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015).

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

14 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2020, p. 221.

15 Ibidem., p.143.

16 Ibidem., p.143.

ou primordialmente, pela jurisdição.

Neste item foi feita a uma revisão bibliográfica da morosidade do Poder Judiciário e comprovada através da análise de dados do Relatório Justiça em números, sem esgotar o tema e a análise dos dados trazidas pelo CNJ. Para tanto no próximo item deste artigo serão trabalhadas as formas alternativas para o tratamento de conflitos e uma análise do Código Civil Brasileiro que passou a vigorar no ano de 2015.

3. O Código de Processo Civil Brasileiro e as Formas Alternativas de Tratamento de Conflitos

Após observar no item anterior que o excesso de judicialização que está ocasionando, dentre outras coisas, a morosidade no judiciário brasileiro, é necessário estudar medidas alternativas para o tratamento de conflitos. Neste sentido serão abordadas a partir de agora as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil.

O Brasil vem legislando para a desjudicialização de procedimentos, prova disso é a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 que regulamenta muitos procedimentos extrajudiciais, sendo exemplo disso a usucapião, o inventário, o divórcio, a dissolução de união estável, a mediação e a conciliação, que além de tratar o conflito após o ingresso judicial, pode preveni-lo.

Neste item, serão trabalhadas apenas a mediação e a conciliação como formas alternativas para o tratamento de conflitos, mas não seria possível deixar de citar as demais, visto a importância para a redução de demandas judiciais e para a celeridade processual.

Cabe salientar que os procedimentos extrajudiciais trazem muito mais do que inovações nas questões procedimentais. Revolucionam também a questão social no que tange à celeridade da resolução do processo, pois questões judiciais tem gerado problemas de saúde pública, causando nos cidadãos doenças psicossomáticas, levando à ansiedade e à depressão¹⁷.

Os procedimentos de mediação e de conciliação além de tratar os conflitos em fase judicial, podem ser utilizados antes do ingresso de ações, objetivando prevenir o acesso ao judiciário. A mediação é considerada uma forma ecológica de resolver conflitos, sejam estes sociais ou jurídicos, é uma forma que visa a satisfação substituindo a aplicação de uma sanção legal, trazendo uma forma consensual de tratamento para o litígio¹⁸.

Importante referir que a mediação não é um procedimento novo, acredita-se que venha sendo realizada há milhares de anos. É preciso lembrar que a jurisdição, tal como se realiza na atualidade, é o resultado de anos de evolução pelos quais passou a sociedade, “no passado a resolução dos conflitos era distribuída de forma nada unânime, de acordo com a cultura local e de suas tradições, através de intervenção de mediadores ou árbitros”¹⁹.

Nesta seara observa-se que o procedimento de mediação é um mecanismo de tratar conflitos de modo consensual no qual o mediador tem poder não autoritário para auxiliar as pessoas a chegarem

17 ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Democratização da justiça”. **Themis Revista da ESMEC**, v. 1, n. 2, p. 41-48, 1998. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bjsn-uo-tTMJ:revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/387+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10 abr. 2020.

18 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. “O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil”. **Revista Scientia Iuris**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501/9315>>. Acesso 01 abr. 2020.

19 SPENGLER, Fabiana Marion. “Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto Política Pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

a um acordo de forma voluntária, resolvendo de forma aceitável a disputa²⁰.

Por isso, não se pode perder de vista a importância dessa prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se *superam qualitativa e quantitativamente*.

É nessa linha que a mediação, como ética da alteridade reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador²¹.

Durante a realização do procedimento de mediação no qual muitos sentimentos são “postos a mesa”, raiva, angústias, magoa e até mesmo amor. Por este motivo é de extrema relevância que o profissional que vai mediar o debate valide os sentimentos dos envolvidos²².

Além da mediação o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105) trouxe novos procedimentos extrajudiciais e manteve outros já existentes, o que dá destaque para a necessidade de desjudicialização do acesso à justiça.

Destaca-se a necessidade tornar a jurisdição (leia-se acesso ao judiciário) a última esfera que deve ser acionada pelo cidadão, sem o intuito de esgotar o tema, visualiza-se algumas hipóteses desjudicializadoras que traz o Código de Processo Civil Brasileiro.

A usucapião é um procedimento que, quando levado ao judiciário, demora anos para o trânsito em julgado; já a usucapião extrajudicial, feita e em sede cartorária é resolvida com celeridade e respeitando os anseios dos envolvidos. Com a promulgação da Lei 13.105/15, veio a possibilidade de realização da Usucapião Extrajudicial, sendo acrescentado na Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, o artigo 216 - A, viabilizando o requerimento perante o oficial de registro de imóveis.

O Código de Processo Civil prevê a realização de divórcio extrajudicial, em seu artigo 731 e seguintes, que trata da forma consensual de realização, ou seja, os requisitos e o procedimento no qual os cônjuges devem proceder. É importante destacar, também, que o divórcio extrajudicial não requer homologação judicial e que o documento cartorial que o comprove constitui título hábil para levantamento de recursos em instituições financeiras. Outra inovação é que a alteração do regime de bens pode ser feita por meio de petição, desde que sejam justificados os motivos e assinada por ambos os cônjuges, conforme o art. 734 do CPC.

Os processos de inventário, em regra, quando levados aos tribunais, são os processos que mais levam tempo para serem concluídos, do início à expedição dos formais de partilha. A modalidade extrajudicial permite que a inventariança seja resolvida rapidamente, cumprido os requisitos trazidos pela legislação. Regulamentado pela resolução de nº 35 do CNJ, prevê requisitos como, por exemplo, que somente pode ser requerido por herdeiros maiores e capazes, que haja acordo entre todas as partes e a presença de advogado para todos os atos. O procedimento de Inventário extrajudicial é mais um exemplo de desjudicialização, celeridade e respeito.

Mesmo existindo tantas formas extrajudiciais de resolver conflitos, o número de demandas judiciais ainda é enorme²³, por este motivo, é essencial pensar em outros caminhos desjudicializadores

20 WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 19.

21 SPENGLER, Fabiana Marion. “Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 32.

22 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação técnicas e estágios**. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2017.

23 Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017. Neste indicador são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2020, p. 78).

que convençam os juristas e a população dos benefícios em utiliza-los.

A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma manada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos²⁴.

Não obstante a existência de formas extrajudiciais de solucionar conflitos, ainda assim a jurisdição é morosa e, por vezes, ineficaz. Por este motivo é preciso que a população e os profissionais que operam o direito passem a assumir responsabilidades frente à situação.

Após visualizar alguns procedimentos desjudicializadores trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, o próximo item irá trabalhar a advocacia colaborativa como uma política pública para a resolução de conflitos.

4. A Advocacia Colaborativa como Política Pública de Tratamento de Conflitos

Após estudar a análise de alguns procedimentos extrajudiciais trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, passar-se-á a analisar um novo procedimento desjudicializador, abordando sua importância enquanto política pública para resolução de conflitos.

Inicia-se definindo o que são políticas públicas, para que servem, como surgem e sua finalidade, para depois estudar a advocacia colaborativa enquanto uma política pública desjudicializadora.

Para Schmidt²⁵, políticas públicas são respostas a problemas políticos.

Na literatura da ciência política há inúmeras definições, mas sobressai-se um conceito: *políticas públicas são respostas do poder público a problemas políticos*. Ou seja, as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva.

As políticas públicas são ações do Estado para solucionar problemas de ordem individual ou coletiva. São tantas demandas sociais que torna-se necessário que algumas sejam priorizadas em face de outras, geralmente são adotadas as prioridades com base na visão ideológica dos governos no processo eleitoral.

A ideia é que as políticas públicas orientem ações estatais diminuindo problemas nascidos no regime democrático, por diversas razões como, por exemplo, a descontinuidade administrativa, visto a troca quadrienal de governantes. As trocas são positivas pelo fato de permitirem mudanças, novas ideias e projetos, entretanto algumas diretrizes são abandonadas devido à criação de outras²⁶.

A advocacia colaborativa iniciou com o advogado Stuart Webb, profissional renomado por trabalhar em casos de direito de família, mas que mesmo obtendo êxito nas causas em que atuava,

24 WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 55.

25 SCHMIDT, João Pedro. "Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas." **Revista do direito do Programa de Pós graduação mestrado e doutorado – UNISC**, v. 6, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>>. Acesso em 03 mar. 2020, p. 04.

26 SCHMIDT, João Pedro. "Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas". **Revista do direito do Programa de Pós graduação mestrado e doutorado – UNISC**, v. 6, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>>. Acesso em 03 mar. 2020.

visualizava resultados desastrosos no que dizia respeito à vida pessoal de seus clientes, sendo que as decisões não traziam felicidade às partes, logo o jurista constatou que em casos de família, todos os envolvidos acabavam perdendo algo²⁷.

Visando dar início a atitude colaborativa, enviou carta para doze advogados, sendo que somente quatro responderam aceitando implementar a nova ideia. Assim, Webb seguiu advogando em conflitos da área de direito de família, mas não mais utilizando o judiciário para isso. Passou a atuar visando a construção de acordos entre as partes e caso não fosse possível, orientava o cliente que procurasse novo advogado²⁸. Com base nisso, o advogado reformulou sua forma de atuar optando por defender os reais interesses de seus clientes, dando ênfase na realização de acordos e renunciando ao litígio.

Thompson (uma pupila de Webb) trouxe uma das maiores contribuições para esse tipo de resolução de conflitos, incorporando profissionais de áreas alheias ao direito, mas ligadas ao íntimo dos problemas a serem resolvidos nas demandas em questão, dando um enfoque multidisciplinar.

Posteriormente o advogado se une a profissionais da saúde, sendo médicos e psicólogos, bem como consultores financeiros, passando a realizar um trabalho na gestão de conflitos familiares, este trabalho ainda na década de oitenta, iniciando assim, as chamadas *Collaborative Practices* (Práticas Colaborativas).

A busca dessa prática é para que o conflito existente seja resolvido em seu íntimo, fazendo com que não se rompa a relação dos envolvidos de maneira definitiva, haja vista que nasceu inicialmente no direito das famílias e esse trata diretamente com relações continuadas, em que o rompimento de um casamento com filhos, por exemplo, quando enseja no rompimento total e completo da relação dos pais gera consequências negativas para a criação dos menores²⁹.

No ano de 2011 alguns profissionais brasileiros foram ao exterior para buscar o conhecimento de como realizar tal procedimento; retornando com grande motivação organizaram um grupo de estudos para pôr em prática seus conhecimentos³⁰.

A advocacia colaborativa é um procedimento extrajudicial, tem como base a autonomia de vontade e liberdade que os envolvidos têm para conduzir interesses patrimoniais.

O procedimento inicia com a assinatura de um termo colaborativo pelas partes e pelos advogados, os quais se comprometem em trabalhar com base nos princípios da boa-fé, transparência, confidencialidade, colocando máxima vontade na resolução racional e caso não seja possível à composição, os advogados renunciam o direito de representação dos respectivos clientes em juízo³¹.

A advocacia colaborativa retira do advogado o papel combativo e traz um caráter colaborativo, o que facilita a composição. Outro ponto importante é que não haverá um terceiro (juiz togado) decidindo o que é melhor para as partes, elas mesmas decidirão. Quem melhor para decidir a respeito da própria vida, do caminho que tomará os seus bens, a sua família, do que a própria pessoa

27 SOUSA, Josan Santos; SANTOS, Claudiréia Pinheiro. **Advocacia Colaborativa**. Disponível em: <<http://oabsergipe.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ADVOCACIA-COLABORATIVA.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

28 GOMES, Marília Studart Mendonça. "Práticas colaborativas: uma alternativa de não litigância". **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 09., n. 18., p. 80-92, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://local.cneesan.edu.br/revista/index.php/direito/index>> . Acesso em 17 maio 2020.

29 GOMES, Marília Studart Mendonça. "Práticas colaborativas: uma alternativa de não litigância". **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 09., n. 18., p. 80-92, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://local.cneesan.edu.br/revista/index.php/direito/index>> . Acesso em 17 maio 2020, p. 07.

30 SOUSA, Josan Santos; SANTOS, Claudiréia Pinheiro. **Advocacia Colaborativa**. Disponível em: <<http://oabsergipe.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ADVOCACIA-COLABORATIVA.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

31 MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi. "Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa". *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 08, n. 15, p. 26-46 jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percurso-academico/article/view/17430>>. Acesso em: 08 out. 2019.

assessorada por bons profissionais?

A advocacia colaborativa além de trazer para os envolvidos a sensação de justiça concreta de fato, é uma ferramenta que também beneficia os profissionais, visto que a cumpre sua função social, trazendo celeridade para todos os envolvidos.

A racionalidade é uma característica importante da advocacia colaborativa, não deixando vir à tona sentimentos e emoções, sem que se discuta neste momento quem errou, procurando apenas buscar as melhores soluções para o futuro.

Outra característica a ser destacada é a ausência de barganha pelos profissionais, são feitas ofertas de uma parte a outra até que em conjunto decidam o que é aceitável. Mister destacar que o procedimento é extremamente transparente.

Aqui aponta-se a distinção entre o princípio da informação e da transparência. A informação diz respeito aos conceitos e possibilidades jurídicas, que o advogado deve transmitir ao cliente, hipossuficiente de informações. A transparência deve ser mútua entre os clientes e os advogados, tratando-se de todas e quaisquer informações relevantes ao caso em análise. Essa confiança estabelecida é que rompe com a lógica adversarial do litígio, fazendo com que a ausência das surpresas e da retenção de informações quebre com as famosas estratégias jurídicas clássicas³².

Assim como qualquer ideia nova, que busque romper paradigmas tão sólidos como é o de acesso a jurisdição, a advocacia colaborativa teve dificuldades de se consolidar no Brasil, sendo que teve mais aceitação no direito de família e depois começou a se utilizar em casos de direito empresarial, mas acredita-se que possa ser utilizadas em diversas áreas do direito.

Quando se define que todos os requisitos são cumpridos, às partes e os advogados assinam um acordo de não litigância, ou seja, caso não alcancem o consenso, terão de procurar outros profissionais para lhes auxiliar com o ingresso de uma ação judicial.

Após algum tempo de atuação, no Brasil foi estabelecido um roteiro de funcionamento da advocacia colaborativa, que conforme Gomes³³ é:

- 1) 1ª Reunião – Apenas o cliente e o advogado, que deve informar todas as possibilidades de resolução do conflito. Assim como caso o cliente opte pela advocacia colaborativa explicar o método e apresentar todos os profissionais envolvidos.
- 2) 2ª Reunião – O cliente, o advogado e o profissional de saúde mental já devem traçar o caminho que pretendem percorrer, identificando as maiores dificuldades jurídicas e emocionais a serem enfrentadas.
- 3) 3ª Reunião – Apenas o cliente e o profissional de saúde mental discutirão quais as demandas implícitas e o que deve ser resolvido antes da reunião *face to face*.
- 4) 4ª Reunião – Essa será a reunião *face to face*, ou seja, a reunião com ambos os clientes, os advogados, os profissionais de saúde

Caso sejam necessários novos encontros para buscar o consenso entre os envolvidos, estes serão combinados de acordo com a necessidade das partes e dos profissionais.

A advocacia colaborativa é uma forma de resolver conflitos relativamente nova, está no Brasil a cerca de uma década, então é necessário que se solidifique a ponto de romper o paradigma da judicialização, e juntamente com outros procedimentos extrajudiciais, trazer justiça para os tutelados.

32 GOMES, Marília Studart Mendonça. “Práticas colaborativas: uma alternativa de não litigância”. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 09., n. 18., p. 80-92, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://local.cneesan.edu.br/revista/index.php/direito/index>> . Acesso em 17 maio 2020, p. 08.

33 GOMES, Marília Studart Mendonça. “Práticas colaborativas: uma alternativa de não litigância”. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 09., n. 18., p. 80-92, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://local.cneesan.edu.br/revista/index.php/direito/index>> . Acesso em 17 maio 2020, p. 10.

Acredita-se que a advocacia colaborativa, se colocada em prática com afinco, desde o ensino das Universidades, se for praticada com o devido respeito pelos profissionais, terá muito sucesso em curto prazo, tendo em vista que as pessoas passaram a se interessar por esta modalidade e buscarão a resolução não litigiosa de seus conflitos.

5. Considerações finais

Neste trabalho foi feita uma análise sobre a necessidade de quebrar o paradigma de acesso à jurisdição como forma única ou mais importante de acesso à justiça. Após estudar as formas extrajudiciais de resolver conflitos que compõe o rol do Código de Processo Civil, resta claro que os operadores do direito vêm pensando novas formas de solucionar conflitos alternativas à jurisdição.

A advocacia colaborativa é um procedimento relativamente novo em âmbito brasileiro e por isso não existem índices científicos que comprovem sua eficácia, entretanto após a realização deste estudo e com a utilização do método de abordagem dedutivo e de pesquisa bibliográfico foi possível alcançar ao objetivo proposto.

Acredita-se que se a advocacia colaborativa for posta em prática enquanto uma política pública de acesso à justiça será eficaz, pois será possível obter resultados satisfatórios para as partes, em curto prazo.

Salutar ressaltar que o procedimento traz às aos envolvidos sensação de justiça visto que entram em um consenso por si só, contando com o auxílio dos profissionais, que devem a estes, total transparência.

O fato de também reduzir a morosidade do Poder Judiciário é um grande ponto de destaque. Se elaborada e promulgada uma Lei inserindo a advocacia colaborativa no cenário nacional, provavelmente ela será conhecida e procurada por juristas e cidadãos. Porém, além da criação legislativa é preciso divulgação, informação e fomento, da perspectiva de realização da advocacia colaborativa, da atuação de seus usuários e principalmente dos seus resultados, para que a colaborAÇÃO aconteça.

6. Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Democratização da justiça”. **Themis Revista da ESMEC**, v. 1, n. 2, p. 41-48, 1998. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bJsn-uo-tTMJ:revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/387+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. Alteração do Código de Processo Civil, permissão para atos administrativos, Lei 11.441/2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. Lei dos registros Públicos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, disciplina a lei 11.441/2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2740>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

DORNELLES, Maini; KUNDE, Bárbara Michele Morais. O movimento de desjudicialização de procedimentos e o acesso à justiça à luz do princípio constitucional da solidariedade. **VI Seminário Internacional demandas sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea e XII Mostra Internacional de trabalhos científicos**, p. 1-14, 2019. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19508/1192612224>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

DICIONÁRIO ON-LINE. **Significado de paradigma**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/paradigma/>>. Acesso em 26 abr. 2020.

GOMES, Marília Studart Mendonça. “Práticas colaborativas: uma alternativa de não litigância”. **(Re) pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 09., n. 18., p. 80-92, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>> . Acesso em 17 maio 2020.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi. “Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa”. **Percursos Acadêmicos**, Belo Horizonte, v. 08, n. 15, p. 23-46, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>>. Acesso em: 08 out. 2019.

MORAES, Daniela Marques. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à Justiça**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. “Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas”. **Revista do direito do Programa de Pós graduação mestrado e doutorado – UNISC**, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>>. Acesso em 03 mar. 2020.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein. “O Acesso à Justiça como Direito Humano Fundamental: Retomada

Histórica para se Chegar à Concepção atual”. **Direito Público**: Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 49, p. 121-139, jan./fev. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2202/1149>>. Acesso em 10 mar. 2019.

SOUSA, Josan Santos; SANTOS, Claudiréia Pinheiro. **Advocacia Colaborativa**. Disponível em:<<http://oabsergipe.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ADVOCACIA-COLABORATIVA.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação técnicas e estágios**. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion; SPENGLER; Pedro Henrique Marion. “Mudanças de paradigma na medicina e no direito: diferenças e similitudes”. *In*: SPENGLER, Fernando Augusto Marion e SPENGLER, Pedro Henrique Marion (Org.). **Direito à saúde em foco**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 07-27.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion; SPENGLER; Pedro Henrique Marion. “A resolução de litígios advindos das políticas públicas de saúde”. *In*: _____ (org.). **Direito à saúde em foco**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 30-40.

_____. “Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico”. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 17-57.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. “O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil”. **Revista Scientia Iuris**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501/9315>>. Acesso 01 abr. 2020.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



AUTONOMIA DA VONTADE E O USO DA MEDIAÇÃO NA SUCESSÃO *CAUSA MORTIS*

**Fernanda Pontes Pimentel
Giselle Picorelli Yacoub Marques
Juliana Machado Nobre**

1. Considerações Iniciais

A finitude da vida humana é um desafio implacável. Lidar com os limites da existência provoca angústias, tristezas e dissabores. Aliada à essas subjetividades, em um modelo de sociedade que tem um de seus pilares a propriedade privada, surge após a morte a necessidade de se resolverem as pendências patrimoniais decorrentes da extinção da personalidade civil da pessoa humana.

Diante do fato jurídico natural morte, emergem as dificuldades decorrentes das questões familiares, econômico-financeiras e jurídicas e que demandam um tratamento bastante sensível dadas as suas especificidades. Demandas sucessórias transcendem as esferas puramente jurídico-patrimoniais e se espalham sobre aspectos existenciais e afetivos.

Os processos judiciais de transmissão de patrimônio tendem à lentidão, possuem um alto custo financeiro e emocional para as partes. Até 2007 tais processos, ainda que houvesse consenso entre as partes, se davam exclusivamente pela via judicial, trazendo uma inafastável necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Após o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007 se instituiu a possibilidade da feitura dos inventários extrajudiciais, em um claro movimento de valorização da

autonomia das partes interessadas em darem solução às suas próprias questões sucessórias.

Contudo, na ausência de consenso entre as partes, o procedimento de transmissão dos bens *causa mortis* se dará obrigatoriamente por via judicial, em processos judiciais tradicionalmente morosos, com custo elevado e que por muitas vezes provocam a deterioração dos bens do acervo hereditário. As querelas entre os herdeiros são decididas por sentença, o que por vezes leva à agudização dos conflitos interpessoais e até mesmo à ruptura entre os destinatários da herança.

Nessa órbita, percebe-se a importância do reconhecimento da autonomia volitiva na construção de um consenso entre as partes, considerando-se o uso de métodos autocompositivos. Este texto buscará enfatizar a possibilidade da mediação nos procedimentos sucessórios, reconhecendo a autonomia da vontade das partes como fundamento hábil ao estabelecimento de uma solução que contemple de modo mais efetivo o interesse dos herdeiros. Assim, através das ferramentas da mediação, o titular do patrimônio poderá traçar estratégias jurídicas na adoção de um planejamento de seus bens, sem prejudicar a perpetuação do seu patrimônio, ou em um contexto *post mortem*, os herdeiros poderão construir um cenário em que os interesses possam ser conjugados de forma consensual e colaborativa. Pensar nas consequências jurídico-patrimoniais da morte pode evitar conflitos futuros, minorando, de alguma forma, o sofrimento e o desgaste de quem permanece.

Cabe destacar a opção deste artigo pela utilização da expressão “autonomia da vontade”, em atenção à Lei Geral de Mediação, como base normativa fundamental para o exercício da plena autonomia privada assegurada pela Constituição da República, como se verá adiante.

Dessa forma, este artigo pretende demonstrar que a possibilidade de se utilizar a mediação, a partir da manifestação da autonomia da vontade, como instrumento para uma transmissão segura e saudável do acervo hereditário na sucessão *causa mortis* apresenta vantagens para os sucessores, preservando as relações familiares e o patrimônio recebido.

2. Transmissão *Causa Mortis* e Planejamento Sucessório

O tema morte, apesar de cotidiano e ordinário da vida, é, muitas vezes, negligenciado e o Direito Sucessório, por sua vez, segue no mesmo sentido. Afinal, pensar em questões que possam ter relação com a própria morte ou de um ente querido ainda é um enorme *tabu* a ser enfrentado, ainda que se atenham aos aspectos patrimoniais¹. Além disso, a legislação civil sempre regulou exaustivamente a sucessão *causa mortis*, limitando claramente a autonomia volitiva do titular do patrimônio através dos limites à liberdade de testar. Por outro aspecto, também há um rígido controle normativo sobre as manifestações de vontade dos destinatários do acervo hereditário, sobretudo pelos reflexos tributários da transmissão dos bens recebidos por herança.

Contudo, a Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XXX, erigiu o direito à herança à categoria dos direitos fundamentais, tratando-a como uma garantia institucional dotada de *fundamentalidade*, sendo um direito subjetivo dotado de intangibilidade e pautados sobre os princípios constitucionais de garantia à propriedade, à autonomia privada e à solidariedade familiar. Diante destes pressupostos, a propriedade e a herança passaram a fazer parte de uma ordem patrimonial pautada sobre a autonomia privada, o que veio a garantir a possibilidade de se planejar a própria

¹ TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento Sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019^a, p. 64.

sucessão, desde que respeitadas a solidariedade econômica familiar². Somado a isso, a valorização da vontade individual advinda dos pressupostos de liberdade assegurados pela ordem constitucional de 1988 trouxe ao Direito Sucessório maior amplitude na valorização da vontade e por conseguinte, na possibilidade de adoção de diversos instrumentos negociais auxiliares à transmissão de direitos e obrigações do futuro autor da herança.

Vale destacar, inicialmente, que o ordenamento jurídico prevê que a transmissão de direitos pode ocorrer de duas formas: tanto durante a vida, mediante atos *inter vivos* que, por sua vez, são negócios jurídicos realizados entre pessoas que visam à transmissão de bens do titular originário para o novo beneficiário; ou ainda, após a morte do autor da herança, momento em que a transmissão será *causa mortis*, podendo ser legitimária ou testamentária³.

A sucessão testamentária ocorre quando a transmissão do patrimônio se dá em razão da existência de ato de vontade expresso em testamento, permitindo-se adoção das modalidades ordinárias e extraordinárias previstas na codificação civil nos artigos 1.864 ao 1.896⁴.

Já a sucessão legitimária ou legítima, decorre da própria lei e se dá a partir do óbito, fato jurídico natural que promove a abertura da sucessão. Assim, na ausência de testamento válido ou se este instrumento compreender apenas parte do acervo patrimonial, subsistirá a sucessão legítima, motivo pelo qual deverá ser obedecida a ordem vocacional estampada no art. 1.829 do Código Civil⁵.

Cabe destacar que a norma jurídica prevê a transmissão da herança a partir de laços de parentesco e de conjugalidade ou de manifestações válidas de vontade, desconsiderando por vezes a realidade das relações afetivas do titular do patrimônio ou ainda, dos conflitos subjacentes à transmissão patrimonial. Nessa transversalidade, o pleno exercício do direito de propriedade que se consubstancia na transmissão *causa mortis* é garantido em seu aspecto formal, desconsiderando por vezes a real manifestação de vontade do autor da sucessão ou as suas relações sob o aspecto material. Para uma efetivação deste direito e em um contexto de valorização da pessoa humana e de seus “quereres”, a autonomia privada ganha uma dimensão inédita no campo das relações sucessórias.

Fato é que em qualquer hipótese de sucessão *causa mortis* que se estiver enfrentando, seja na sucessão testamentária ou na legitimária, é possível que desentendimentos e discordâncias surjam entre os envolvidos e prejudiquem, sobremaneira, o andamento da transmissão do acervo hereditário. Afinal, além de se estar lidando com relações familiares já permeadas por subjetividades diversas, os indivíduos, geralmente, estão vivenciando um momento muito delicado da vida em decorrência da morte. Ademais, não é incomum encontrarmos conflitos familiares oriundos de sentimentos mal resolvidos adormecidos que podem despontar junto à abertura da sucessão.

Por este motivo, com a finalidade de prevenir conflitos e prejuízos – emocionais e financeiros

2 CORTIANO JR., Eroulths. “Conexões: Sucessões e Direitos Fundamentais”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 484-495.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 6, Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 01.

4 Neste ponto, é indispensável para a validade da sucessão testamentária que o autor da herança, no momento em que decidiu dispor de seus bens através de testamento, tenha observado todos os termos e condições impostos pela legislação sucessória no tocante à disposição de seus bens, sobretudo, se existentes herdeiros necessários, aqueles cuja lei atribuiu parcela indisponível dos bens da herança, salvaguardados com o nome de legítima (art. 1.846 CC/02).

5 Seguindo a ordem da sucessão legítima, a transmissão patrimonial se dará aos descendentes em concorrência com o companheiro ou cônjuge sobrevivente (observado o regime de bens do casal), de acordo com o art. 1.829, inciso I do CC/02. Na ausência de descendentes, passa-se à regra do art. 1.829, inciso II do CC/02, chamando-se os ascendentes em concorrência com o cônjuge/companheiro sobrevivente. Todavia, na hipótese de inexistirem ascendentes, apenas o cônjuge ou companheiro sobrevivente herdará, em atenção ao art. 1.829, inciso III do CC/02. Por fim, inexistindo herdeiros necessários elencados no art. 1.845 do Código Civil, os colaterais, herdeiros facultativos, serão beneficiados pela sucessão legítima, a teor do art. 1.839 da mesma codificação.

– entre os herdeiros, evitando, inclusive, demandas judiciais, nasce a ideia de se moldar, ainda em vida, a sucessão. O planejamento sucessório foi pensado para dar autonomia e espaço ao desejo do autor da herança de escolher a quem deixar seus bens, indicando quais instrumentos deseja utilizar, buscando atender aos interesses dos envolvidos, sempre nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Para Cortiano Jr., “a garantia da herança (que é, no limite, a garantia da propriedade) remete para o direito de planejar a sucessão dos bens, desde que respeitada a solidariedade econômica familiar” e permite novas formas de gerenciamento dos direitos sucessórios⁶.

A ideia de planejar a sucessão é exercer uma atividade preventiva, com o objetivo de escolher os melhores instrumentos e providências para a realização da transmissão dos bens do futuro autor da herança após sua morte, em atenção aos anseios do autor do patrimônio⁷, consistindo na “adoção de uma série de providências visando preservar a autonomia da vontade e prevenir conflitos futuros”⁸.

Logo, para fins de planejamento sucessório podem ser utilizadas estratégias tanto jurídicas, como não jurídicas; medidas isoladas ou várias delas em conjunto, ainda que sejam de naturezas distintas. “Um conjunto de medidas levadas a cabo com o objetivo de definir a transmissão hereditária de bens e direitos de uma pessoa previamente ao seu falecimento”⁹. É possível englobar um único bem do patrimônio ou vários deles num mesmo plano sucessório, permitindo com que a sucessão seja moldada da forma mais adequada a cada realidade familiar e a cada complexidade de transmissão.

Sem prejuízo disso, a utilização do planejamento sucessório tende a possibilitar uma transmissão “saúdável” do acervo hereditário, uma vez que as questões inerentes ao plano serão apresentadas e discutidas de forma prévia e transparente entre os envolvidos, que estarão cientes das disposições ali contidas.

Ora, se todas as questões serão compreendidas e resolvidas por todos os envolvidos, tentando-se, ao máximo, atender às vontades e anseios de todos, sendo certo que o principal objetivo é garantir uma transmissão segura do acervo hereditário que atenda aos interesses do futuro autor do patrimônio, não é difícil afirmar que o planejamento sucessório pode (se já não é) um instrumento que demonstra um enorme potencial de prevenir controvérsias entre os herdeiros quando da abertura da sucessão.

Observa-se, contudo, que o planejamento sucessório não é constituído apenas pelo testamento, apesar de ser este instrumento de transmissão *causa mortis* um dos mais conhecidos. Entre os principais, destacam-se o testamento, que pode ter como objeto parte da herança ou a totalidade de seus bens, o fideicomisso, que consiste, em geral, na substituição testamentária e o codicilo, ato de última vontade que contém disposições de pequeno valor. Os negócios jurídicos¹⁰ também são utilizados no planejamento sucessório e podem conter providências adotadas *inter vivos*, mas que somente produzirão seus efeitos após a morte do autor da herança. Como exemplo é possível indicar

6 CORTIANO JR., Eroulths. “Conexões: Sucessões e Direitos Fundamentais.” In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 486.

7 TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019a, p. 65.

8 DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 364.

9 NEVARES, Ana Luiza Maia. “Perspectivas para o planejamento sucessório”. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n.º 18, p. 11-31, nov./dez. 2016, p.12.

10 Neste ponto, importante destacar que, ultimamente, planos de previdência privadas VGBL (Vida Garantidor de Benefício Livre) e PGBL (o Plano Gerador de Benefícios Livres) vêm sendo procurados por determinados indivíduos que pretendem moldar a sucessão, uma vez que tais instrumentos não são vistos como extensão do direito sucessório (TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019^a, p.157) e, assim, não necessitam de serem colacionados em eventual inventário, sendo certo, ainda, que são isentos de pagamento de ITCMD.

a instituição do usufruto, a doação e, ainda, o seguro de vida. Por fim, destacam-se entre os negócios jurídicos com eficácia imediata a partilha em vida e a criação de *holdings* familiares por meio de sociedades empresárias com o objetivo de gerir o patrimônio familiar.

Contudo, como diversos são os instrumentos que podem ser adotados quando da elaboração de um plano sucessório, certo é que outras providências podem ser utilizadas, desde que colaborem e dialoguem com os limites legais e as demandas do titular do patrimônio.

Muitos são os fatos que contribuem para a demanda crescente pela construção de um planejamento sucessório, tais como as novas configurações familiares e os seus desdobramentos jurídicos, a valorização e fluidez de determinados bens, a prevenção de controvérsias, sendo possível afirmar que a autonomia da vontade conferida ao futuro autor da herança é a base para construção de um plano seguro, efetivo e adequado à realidade dos envolvidos, simplificando e trazendo efetividade ao processos de transmissão da herança.

Portanto, a manifestação de vontade do titular do patrimônio como expressão determinante de sua sucessão tem se firmado através da adoção das ferramentas do planejamento sucessório. Contudo, esta prática ainda é incipiente no Brasil. É consolidada a convicção historicamente estabelecida de que os bens são destinados aos familiares do sucedido, por atender à “função social da herança” e devem ser considerados um “instrumento de perpetuação familiar”¹¹.

Logo, na ausência de disposição testamentária ou de um adequado planejamento sucessório, os bens são transmitidos aos herdeiros *ope legis* e surgem questões importantes acerca de sua distribuição e divisão. Na existência de um consenso entre os destinatários da sucessão, a legislação processual prevê em seu art. 659 a possibilidade de realização de procedimento consensual de partilha pelo rito do arrolamento ou ainda, preenchidos os requisitos da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, pode-se realizar o inventário pela via extrajudicial.

Contudo, na ausência de acordo entre os herdeiros, o processo de partilha se dará por decisão judicial, atendendo às disposições do art. 648 e seguintes do Código de Processo Civil em vigor. Em tais casos, cabe a indagação sobre possibilidade destes herdeiros serem direcionados às práticas de autocomposição dos conflitos existentes, especialmente a mediação, de maneira a contemplar os seus interesses patrimoniais e evitar rupturas e esgarçamentos interpessoais.

3. Modelos Autocompositivos e Autonomia da Vontade

O movimento de ampliação dos meios de gerenciamento de controvérsias vem ganhando espaço nos debates e não é novo em nosso sistema.

Em 2010, a Resolução 125¹² do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) buscou implementar uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, especialmente com o desenvolvimento da conciliação e da mediação como modelos não adversariais. Porém, antes mesmo da referida resolução, a questão já era objeto de estudos e tentativas de implementação através de reformas legislativas e projetos de lei que versavam sobre o tema.

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

12 A Resolução 326 do CNJ de 26/06/2020, considerando a necessidade de aprimoramento da redação do texto da Resolução 125/2010 do CNJ, implementou recentes atualizações com alterações formais. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

Com o advento do Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 (CPC/15) que, por um lado, ainda preserva a jurisdição estatal como tradicional método heterocompositivo já que há a figura de um terceiro imparcial e desinteressado que irá julgar a lide, por outro, verifica-se que o novo sistema processual civil brasileiro foi idealizado para estimular a autocomposição, isto é, com as novas diretrizes trazidas no CPC/2015, houve um fomento à utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, sobretudo aqueles não adversariais, como a conciliação e a mediação.

O CPC/2015 aponta, desde o capítulo das normas fundamentais, a utilização do consenso como modelo de gerenciamento de conflitos, uma vez que no artigo 3º, § 3º indica a implementação da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo que, em paralelo ao princípio da cooperação, disposto no artigo 6º, configuram fundamentos do paradigma processual atual.

Além dessa norma fundamental, outros instrumentos baseados na construção colaborativa entre os envolvidos são indicados pelo CPC/2015. Como exemplos, é possível citar o negócio jurídico processual, de acordo com o artigo 190, que admite composição entre as partes a respeito do procedimento, possibilitando convenções no sentido de ajustá-lo às especificidades da causa¹³; o saneamento compartilhado, conforme artigo 357, § 3º, que prevê a designação de audiência pelo juiz, quando a causa apresentar complexidade, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes; a escolha consensual do perito com a chamada “perícia consensual”, disposta no artigo 471; a audiência prevista no artigo 334, implementando a conciliação e a mediação como modelos de gerenciamento de conflitos baseados no consenso no curso do processo judicial e desenvolvidas por profissionais com capacitação para tais atividades; a possibilidade descrita no artigo 565 da mediação em casos de litígio coletivo pela posse de imóvel; a previsão do artigo 694 com indicação de busca real por meio da solução consensual da controvérsia nas ações de família, a partilha amigável prescrita pelo artigo 659, dentre outros exemplos em todo o CPC/2015.

Há quem defenda, inclusive, a existência de um “princípio do estímulo da solução por autocomposição”¹⁴ no ordenamento jurídico, sendo ele responsável por incentivar o uso de modelos consensuais de resolução de conflitos. Para tanto, basta observar que o CPC/2015 dedicou um capítulo inteiro na Seção V (art. 165 até o art. 175) para regular aspectos da mediação e da conciliação bem como as respectivas atribuições e deveres dos mediadores e conciliadores, além das diretrizes sobre a criação da estrutura responsável por colocar em prática o uso de tais métodos autocompositivos no Judiciário.

Diante dessa dinâmica de ampliação do paradigma decisório no sentido da mobilização do consenso como uma forma de solução das controvérsias, importante entender algumas diferenças entre os modelos heterocompositivos e os autocompositivos. Enquanto a autocomposição é um modelo baseado na autonomia da vontade das partes, no qual as pessoas envolvidas tendem a buscar uma solução consensual, mediante auxílio, ou não, de um terceiro, a heterocomposição é uma técnica

13 Acerca dos negócios jurídicos processuais, que também demandam autonomia e livre manifestação dos envolvidos, importante registrar que “a intenção do legislador foi transpor o direito fundamental à liberdade para o processo civil, reconhecendo-o como meio legítimo de manifestação da vontade das partes, harmonizando, assim, a participação dos sujeitos processuais, por meio de instituição de variadas formas de disponibilidade processual, as quais devem conviver com as prerrogativas do juiz.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções processuais sobre a mediação e o mediador*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, p. 309-325, 2020, p.311). De forma exemplificativa, os enunciados 19, 20, 21, 490, 494 e 628 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que elencam hipóteses de admissibilidade de negócios jurídicos processuais.

14 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 167.

na qual os envolvidos se submetem a uma decisão imposta por um terceiro capaz de decidir a lide existente, com um resultado vencedor *versus* vencido - seja pela jurisdição estatal ou pela arbitragem.

Na perspectiva de Carnelutti¹⁵ “o fato de que o litígio possa ser composto pelas próprias partes sem intervenção do juiz significa que a lei se remete à vontade delas no que concerne à tutela dos interesses recíprocos.” O autor, ao tratar dos equivalentes jurisdicionais, admite a autocomposição como um gênero, reconhecendo que ela “pode derivar de um ato simples ou de um ato complexo. À primeira dessas categorias correspondem à renúncia e o reconhecimento, e à segunda, a transação”. De outra forma, para Zamora y Castillo, a autocomposição é elevada ao primeiro plano, em paralelo com o processo, sob a seguinte justificativa:

... no sólo porque un mismo concepto o institución puede ser considerado bajo diferentes ángulos o aspectos, sino porque ahora la vamos a estudiar más que como *modo de concluir el proceso*, como *medio para la solución de los litigios*. La diferencia, que no se reduce a un juego de palabras, se percibe bien clara si se piensa, por un lado, que puede haber autocomposición al margen del proceso y, por otro, que el proceso puede cesar sin que se haya pronunciado sobre el litigio.”¹⁶ (grifos no original).

A autocomposição consiste, ainda, em um meio de solução consensual de conflitos que pode ser adotado de forma prévia à habitual jurisdição estatal, sendo admitida a sua utilização na fase pré-processual, inclusive extrajudicialmente. Porém, não há impedimento para que também seja implementada durante a fase processual propriamente dita, ou seja, no curso do processo judicial.

A resolução de uma controvérsia decorrente da autocomposição tem base na construção conjunta, ampliando a possibilidade de benefícios mútuos, uma vez que deve ser estruturada a partir da autonomia e dos interesses dos envolvidos. Afinal, estimular e permitir que os próprios sujeitos do processo sejam os responsáveis pelos rumos dos conflitos que são protagonistas é, sem dúvida, mais condizente com o Estado Democrático de Direito e com a valorização da autonomia da vontade também no âmbito de solução de conflitos.

Nessa perspectiva, os modelos autocompositivos se baseiam em uma lógica não adversarial, com a busca de soluções criativas para os interesses dos presentes. Ou seja, as partes, ainda que com a colaboração de um terceiro, podem conduzir o procedimento decidindo sobre quais questões diretamente relacionados ao conflito pretendem abordar, o que permite a criação de um ambiente cooperativo e o afastamento da ideia de que resultados só podem ser encontrados no Judiciário¹⁷.

O processo é de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente¹⁸.

15 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. 1. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 269.

16 CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 3 ed. 1 reimp. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 72.

17 A respeito das vias judiciais de resolução de conflitos, vale a reflexão: “quanto à harmonia coletiva que foi rompida quando a relação social, de algum modo, foi abalada pela frustração de expectativas recíprocas, pelo descumprimento de promessas, pela ruptura da confiança e da credibilidade, pela mágoa, etc., esta nem sequer é foco da resolução do conflito. Esvazia-se e perde-se, pois, o sentido dos instrumentos de resolução de conflitos que brotaram do mundo da vida, ao engessá-los e burocratizá-los, os converteu em mais um dentre outros ferramentais de operação do Estado em sua função jurisdicional.” (HANSEN, Gilvan Luiz. “A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana”. In: FACHIM, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (coord.). **Direito e Filosofia – Diálogos**. Campinas: Editora Millennium, p. 99-120, 2011, p. 110).

18 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58.

Observa-se também que a estratégia adotada pelo legislador de estimular a autocomposição, além de buscar a participação das próprias partes na construção da solução, permite que o resultado seja mais efetivo e adequado à realidade dos envolvidos e, como consequência, pode reduzir a judicialização das relações, uma vez que os sujeitos passam a exercer sua autonomia na gestão dos conflitos.

Diante do exposto, é possível indicar alguns meios não adversariais de solução de conflitos, dentre eles a negociação, a conciliação e a mediação são os mais difundidos, reconhecendo que as opções não se esgotam nos modelos elencados¹⁹.

A negociação pode ser adotada como um procedimento autônomo ou utilizada como técnica de comunicação em alguns outros métodos como, inclusive, na mediação e na conciliação, já que suas ideias são basilares de vários meios de solução de conflitos trazidos pelo *ADR (Alternative Dispute Resolution) movement*²⁰. Diferentemente da conciliação ou mediação, em que pese também existir autonomia da vontade conferida às partes, este modelo é marcado pela conversa direta entre os interessados, sem intervenção de terceiro imparcial como facilitador das discussões²¹. Assim, o que acontece é que a negociação é exercida entre os próprios sujeitos da relação jurídica, ou ainda, por seus representantes, direta ou indiretamente interessados no resultado²².

Em relação à conciliação e à mediação, apesar de características comuns, como meios adequados de solução de controvérsias baseados no consenso e regidos pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, mediação e conciliação são institutos com procedimento e objetivos diversos.

Na conciliação a finalidade é a resolução da controvérsia a partir de questões objetivas, podendo o conciliador oferecer sugestões e propostas na busca pelo resultado acordo. “As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula as partes a terem, também, nestes temas o objeto de sua atenção, ao aderirem ao instrumento”²³.

A mediação objetiva a transformação do conflito pelos envolvidos e, para tanto, deve ser desenvolvido um procedimento adequado de retomada de comunicação que poderá gerar uma solução

19 Embora não integre o rol dos métodos autocompositivos, certo é que a arbitragem também merece destaque quando o tema em debate são os meios alternativos de gerenciamento de controvérsias. Como instrumento paraestatal oriundo das conquistas da “terceira onda renovatória” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988) de acesso à justiça, a arbitragem consiste em um modelo heterocompositivo por meio do qual um terceiro imparcial, estranho ao conflito, soluciona a controvérsia trazida pelas partes (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei n.º 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2002, p. 09). O que acontece na arbitragem é que os indivíduos têm a possibilidade de buscar uma decisão mais célere e técnica, evitando as burocracias que um processo judicial demanda e da morosidade da Justiça. Com isso, podem, inclusive, escolher um árbitro especializado na questão e lhe atribuir, através de um pacto arbitral, o poder de decidir a controvérsia, de modo a buscar uma decisão mais justa e adequada, considerando as peculiaridades do caso concreto, estando os sujeitos renunciando à jurisdição estatal e se submetendo à decisão do árbitro julgador bem como ao cumprimento da sentença arbitral que, inclusive, por força do art. 515, inciso VII do CPC/2015 constitui título executivo judicial (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema multipartidas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.41-69, 2020, p. 43). A respeito das implicações e desdobramentos do uso da arbitragem no direito sucessório, ver BENETI, Ana Carolina; RODOVALHO, Thiago. “Algumas considerações sobre a utilização da arbitragem no Direito de Família e Sucessório no Brasil.” In: TEIXEIRA, Daniela Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.71-82.

20 BRAGA NETO, Adolfo. “Mediação de conflitos: conceitos e técnicas”. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020, p.153.

21 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019, p. 113.

22 Referência importante no âmbito da negociação é a obra “Como chegar ao sim” de Roger Fisher, Ury Willian e Bruce Patton que apresenta um modelo de negociação baseada em princípios (FISHER, Roger; WILLIAM, Ury; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões – Projeto de Negociação da “Harvard Law School”. Rio de Janeiro: Imago, 1994).

23 ALMEIDA, Tânia. “Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas”. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa (coord.), **Mediação de conflitos**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 98.

de benefícios mútuos construída pelas partes, com o auxílio do mediador²⁴. Um possível resultado acordo caracteriza consequência da retomada do diálogo e compreensão do conflito existente na relação.

(...) enquanto o conciliador, salvo raras exceções, age burocraticamente no sentido de chegar rapidamente a um acordo que seja, no entender dele, bom para as partes, porque resolve o conflito sobre um objeto, o que se busca na mediação é, antes de qualquer coisa, identificar o conflito oculto, nem sempre transparente e na maioria das vezes obliterado aos próprios participantes da contenda. Se isso ocorre é porque se pretende resgatar a própria relação deteriorada, fator que exige tempo, cuidado, dedicação e, muitas vezes, vigilância do mediador com relação à sua própria conduta no processo de resgate da dignidade das partes que se efetiva durante a mediação²⁵.

Certo é que os meios não adversariais trazem uma mentalidade diversa, conferindo aos próprios envolvidos na disputa, gradativamente, uma posição ativa na gestão de seus conflitos, seja através de um terceiro imparcial, ou ainda, sendo eles os próprios condutores das tratativas.

Vemos, então, que os sujeitos têm à disposição um “sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias”²⁶ ou um complexo sistema multiportas (inspirado no *Multidoor Courthouse System*) responsável por apresentar várias opções ou caminhos alternativos e adequados para a solução do conflito, desde a típica prestação jurisdicional até a adoção de modelos não adversariais, como a mediação que conforme já visto devolve às partes a possibilidade de dialogar sobre a divergência e construir conjuntamente uma decisão.

Diante das modificações identificadas, é possível um movimento real de acesso aos diversos modelos para gestão do conflito, admitindo uma “busca de novas estratégias destinadas a devolver ao indivíduo a autonomia perdida, permitindo-lhe reconquistar o desígnio de encontrar respostas para as suas demandas pela via que entender mais adequada”²⁷.

Conforme já apontado anteriormente, a mediação ganha escopo normativo com a Resolução 125/2010 do CNJ, passando a compor de forma expressa o regramento processual a partir do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei n° 13.140, também de 2015.

A Lei 13.140/2015 se tornou o marco legal da mediação no Brasil, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelecendo, inclusive, em seu artigo 2º ser a autonomia da vontade das partes um dos princípios regentes da mediação, assim como previsto no artigo 166 do CPC/2015.

A autonomia da vontade, elencada no rol das regras de procedimento da mediação na Resolução 125/2010 do CNJ, anexo III, art. 2º, II, é reconhecida como “dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a

24 No tocante à atuação do mediador, segue afirmação de Warat: “a autocomposição dos procedimentos de mediação é assistida ou terceirizada, porquanto se requer, sempre, a presença de um terceiro imparcial, porém implicado, que ajude as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão transformadora do conflito.” (WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57).

25 HANSEN, Gilvan Luiz. “A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana”. In: FACHIM, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (coord.). **Direito e Filosofia – Diálogos**. Campinas: Editora Millennium, 2011, p. 115-116.

26 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 71.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira?” In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coords.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 03.

qualquer momento”²⁸.

Como princípio que informa a mediação, dentre outros, a autonomia busca garantir a liberdade e a autodeterminação das pessoas em diversos aspectos, desde a voluntariedade na participação da mediação, passando pela escolha ou designação do mediador, pelo desenvolvimento do procedimento ou sua interrupção, até a decisão por um resultado, seja este um acordo ou não, sendo que “a concentração do poder de autodeterminação leva os mediados ao desenvolvimento de competências e de responsabilidades fundamentais à autocomposição de seus conflitos”²⁹. As pessoas envolvidas na mediação, a partir do exercício da autonomia, assumem a responsabilidade e a autoimplicação pelos desdobramentos e resultados, seja no transcorrer do procedimento, seja nos termos de um possível acordo construído com base nas opções escolhidas livremente. “Na mediação, a autocomposição está referida na tomada das decisões. Fala-se de autocomposição na medida em que são as mesmas partes envolvidas no conflito as que assumem o risco das decisões”³⁰.

Dito isso, não é difícil perceber que os meios autocompositivos estão diretamente relacionados ao desenvolvimento da autonomia da vontade em outros campos de atuação além da típica seara contratual e negocial. Ou seja, com o avanço da era da autonomia patrimonial à fase da autonomia existencial, o indivíduo passa a ser compreendido não só em um aspecto legal, mas sim em sua esfera de subjetividade, a partir de todas as suas singularidades, necessidades, demandas e desejos. Passa-se a identificar a autonomia como guia das relações sociais e das “esferas autônomas de desenvolvimento pessoal”³¹.

As diretrizes de eticidade, socialidade e concretude adotadas pelo Código Civil de 2002 contribuíram para que a esfera determinativa do homem pudesse ser ampliada em relação ao diploma civilista anterior. Deste modo, atualmente, há uma valorização da vontade das partes, inclusive, sendo ela estimulada nas relações interpessoais³². Vale destacar nesse ponto que a discussão que aqui se trava só é possível ante à previsão de tantos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, que são regulados na codificação civil. O direito à propriedade e a sua função social e a garantia à herança dialogam diretamente com a autonomia da vontade, respectivamente previstos no art. 5º do texto constitucional em seus incisos XXII e XXX. Nesse campo de atuação da vontade individual surgem as possibilidades legais para que o titular dos direitos subjetivos patrimoniais possa traçar estratégias jurídicas na adoção do planejamento de seus bens³³. É fundamental perceber que as “normas jurídicas são pensadas para as pessoas e não o oposto” e só terão valor prático se tiverem condições de solucionar os problemas sociais humanos³⁴.

Nesse sentido, cabe apontar para a necessidade de serem consideradas as condições das manifestações volitivas do titular dos direitos patrimoniais. Transcende-se o clássico conceito de autonomia da vontade, fruto das codificações liberais e se consolida a noção do pleno exercício da

28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

29 SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 149.

30 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 59.

31 MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros. “A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo”. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 786-787, 783.

32 FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**, volume único. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 99-102.

33 TEIXEIRA, Danielle Chaves. “Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019b, p. 469.

34 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491.

autonomia privada como requisito de validade para a construção dos negócios jurídicos³⁵ celebrados e das possibilidades de autodeterminação no campo econômico-negocial como parte do exercício das liberdades individuais.

No modelo de sociedade atual, as manifestações negociais que foram concebidas a partir do conceito liberal da propriedade privada adquirem novos sentidos ao admitirem que cada indivíduo seja considerado “proprietário de si mesmo” e portanto capaz de dispor de si próprio, dos seus bens, de sua força de trabalho ou do uso do seu corpo³⁶.

Assim, o sujeito de direito “é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão”³⁷.

Dessa forma, sob o manto da valorização da dignidade da pessoa humana³⁸, a noção estrita de autonomia da vontade, fundada em um livre exercício do querer, cede à compreensão da autonomia privada como um poder emanado da ordem jurídica, que permite aos sujeitos de direito autorregulamentarem os seus interesses. A liberdade individual típica do Estado Liberal se consubstancia em uma potencialidade de exercício de direitos pessoais e patrimoniais estruturados a partir dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a autonomia privada será exercida nos limites da função social da propriedade e dos contratos, da preservação da livre iniciativa e da proteção aos vulneráveis, dentre outros princípios trazidos pela ordem constitucional em vigor. Não se pode conceber o exercício pleno da autonomia privada sem a observância da responsabilidade inerente aos atos decisórios praticados. Na concepção de Danielle Teixeira³⁹, a livre iniciativa privada “é submetida a controles, programas, intervenções por parte do legislador (...). Os chamados limites à autonomia não são externos e excepcionais, mas internos, enquanto expressão direta do ato, e de significado constitucional”.

Assim, a condição de autodeterminação insere o manifestante em uma situação jurídica existencial própria⁴⁰, que transpõem a tradicional dicotomia entre direitos subjetivos e deveres jurídicos e acarreta deveres anexos ao emitente.

Esses novos pilares de exercício da autonomia volitiva promoveram um movimento no campo das relações jurídicas privadas de privilégio dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Essa mudança de paradigma trouxe uma possibilidade de valorização da vontade individual, que se refletiu nas disposições normativas recentes, a exemplo da previsão da possibilidade de serem celebrados negócios jurídicos processuais, previstos no art. 190 da legislação processual civil.

35 O negócio jurídico é considerado uma espécie de fato jurídico ao qual o ordenamento confere os efeitos pretendidos pelos declarantes. Decorre de uma manifestação de vontade qualificada, ou declaração de vontade, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16-17).

36 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 09.

37 FACHIN, Luiz Edson. “Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro”, **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2005, p. 62.

38 Tal princípio tem como uma das faces ser um instrumento de efetivação do desenvolvimento humano não apenas nos direitos pessoais, extrapatrimoniais ou existenciais, mas também nas situações jurídicas patrimoniais, uma vez que dotado de eficácia interpretativa, cuja aplicação deve ser almejada pelas políticas adotadas pelo Poder Público (BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 284).

39 TEIXEIRA, Danielle Chaves. “Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019b, p. 469.

40 Originando-se dos fatos ou dos atos jurídicos, as situações jurídicas se firmam como a “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 257).

Esse campo da autocomposição ganha contornos extremamente relevantes na seara do Direito de Família e das Sucessões, permitindo espaços de concretização dos reais interesses e exercício dos afetos, minimizando as possibilidades de rupturas permanentes e, conforme foi possível verificar, “... há situações em que a justiça *conciliatória* (ou *coexistencial*) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, *até qualitativamente*, do que os resultados do processo contencioso...”⁴¹, uma vez que respeita e promove o diálogo, possibilitando às partes envolvidas autonomia e protagonismo sobre suas decisões, levando em consideração o indivíduo, dentro de suas perspectivas e peculiaridades.

4. Mediação e Sucessão *Causa Mortis*

Inicialmente, vale destacar que a mediação deve ser utilizada com a finalidade de obter o restabelecimento da comunicação deteriorada, seja em razão da instauração do conflito ou como causadora deste, uma vez que a mediação “consiste em um processo que transcende o simples conteúdo do conflito em questão: tem como objetivo a resolução da controvérsia associada a uma transformação positiva dos relacionamentos envolvidos”⁴². Portanto, é recomendável quando preexiste um vínculo entre os envolvidos, como por exemplo, desentendimentos entre ascendentes e descendentes, especialmente de cunho familiar, ou até desavenças relacionadas à patrimônio⁴³.

Com aporte da mediação familiar, uma vez que as questões sucessórias decorrem de relações familiares, é possível afirmar que

a mediação familiar apresenta-se como instrumento à concretização dos ideais de distribuição da justiça, privilegiando as diferenças, pelo acolhimento e reconhecimento do conflito – sem negá-lo, como ocorre na lógica do litígio – em sua mais ampla concepção, visto como natural ao humano, interpretado como oportunidade de mudança que alça a família ao pleno desenvolvimento da personalidade⁴⁴.

Diante de suas peculiaridades, a mediação pode ser utilizada também de forma preventiva, para evitar a formação do conflito em casos potencialmente controversos, ou ainda, em âmbito judicial ou extrajudicial, sendo certo que em qualquer situação em que seja utilizada, a ideia é primar por um caráter colaborativo e harmônico para que seja possível a construção de um resultado adequado e justo, no qual se possa transformar a reatividade e a resistência presentes em receptividade e

41 CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 90-91.

42 SARMENTO, Roselaine dos Santos. “Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à justiça”. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique (coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 294.

43 “Entendo, com efeito, que em muitos aspectos da vida contemporânea o que mal se justifica é precisamente o caráter contencioso da relação, o qual deve ser, tanto quanto possível evitado ou atenuado. Isso é verdade sobretudo quando entre as partes subsistem relações duradouras, complexas e merecedoras de conservação. Em tais relações a lide não representa outra coisa senão um momento de tensão que, nos limites do possível, deve ser tratada. A decisão judicial emitida em sede contenciosa presta-se otimamente a *resolver* relações isoladas e meramente inter-individuais; ela se dirige a um episódio do passado, não destinado a perdurar. A justiça coexistencial, pelo contrário, não visa a *trancher*, a decidir e definir, mas antes a ‘remendar’ (falei justamente de uma *mending justice*) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, à qual dificilmente poderiam subtrair-se.” (CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. **Revista de Processo**, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992, p.133) (grifos no original).

44 BARBOSA, Águida Arruda. “Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário”. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 386.

reciprocidade⁴⁵.

Deslocando-se para o campo do direito sucessório, fato é que a existência de vínculo familiar não é suficiente para pôr fim ao litígio, por vezes, é o motivo dos conflitos – a exemplo, é comum verificar irmãos brigando pelo patrimônio deixado pelo pai. Afinal, não é sempre possível que em um momento tão delicado, os herdeiros consigam comandar suas emoções, driblar os rancores e angústias pessoais e focar na questão prática: a transmissão do patrimônio⁴⁶.

Por tais motivos, a mediação pode e, em nosso entender, deve ser utilizada como instrumento para lidar não só com conflitos familiares, mas, sobretudo, com aqueles casos decorrentes das relações sucessórias. Assim, além da importância de enfrentar as questões mal resolvidas oriundas das relações interpessoais permeadas pela subjetividade, as partes podem discutir sobre seus respectivos quinhões, formular uma proposta de partilha do acervo hereditário, levando em conta tanto os interesses do futuro autor da herança, quando diante de um planejamento sucessório, como também dos herdeiros capazes.

Além disso, quando os herdeiros são maiores e capazes, possuindo poderes e condições de definir entre si a partilha dos bens, essa poderá ser feita, conforme o art. 2.015 do CC, de forma consensual, mediante três caminhos: escritura pública, termo nos autos do inventário ou escrito particular, homologado pelo juiz. Todos os três caminhos serão precedidos de negociação intermediada pelo diálogo, que poderá acontecer nas sessões de mediação⁴⁷.

Nessa ótica, considerando que o ponto central do direito sucessório é garantir uma transmissão efetiva e segura dos bens do acervo hereditário, a falta de comunicação entre os familiares herdeiros pode ser o fator determinante para as inúmeras batalhas judiciais travadas pelos sucessores tendo como objeto o acervo discutido, o que, conseqüentemente, pode levar à uma dilapidação ou esvaziamento do patrimônio deixado para arcar com as necessárias custas processuais.

Vê-se, então, mais uma razão para mediação ser utilizada em conflitos sucessórios, já que através das sessões realizadas com as partes, pode o mediador auxiliar na construção de um ambiente harmônico, onde os presentes se sintam à vontade para expor seus argumentos, compreendendo as barreiras de comunicação existentes dentro daquele núcleo familiar e, assim, abordar com consciência e responsabilidade as pendências sucessórias.

Em outras palavras, através dos diálogos desenvolvidos entre os herdeiros e, nos casos de planejamento sucessório, entre os potenciais destinatários e o futuro autor da herança, o mediador, após colaborar com a abordagem de questões emocionais e subjetivas, seguirá auxiliando as pessoas na busca pelas melhores opções para aquela transmissão. Todavia, caberá aos envolvidos a tomada de decisão, devendo o mediador manter-se neutro neste momento, já que as partes decidem e assumem as responsabilidades⁴⁸.

De posse de tais considerações, tratar o conflito através da pluralidade de técnicas que podem ser utilizadas na mediação é aconselhável. Assim, poderá ocorrer o “restabelecimento da comunicação rompida, a manutenção dos vínculos de parentesco e dos laços afetivos e o tratamento adequado dos

45 LIMA, Evandro Souza; PELAJO, Samantha. “A mediação nas ações de família.” *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coords.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232.

46 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2018.

47 *Ibidem.*, p. 89.

48 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2018, p. 85.

direitos conflituosos”⁴⁹, sendo certo que são as pessoas as verdadeiras protagonistas das próprias discussões envolvendo o patrimônio.

Contudo, deve ser de conhecimento geral que, mesmo diante de todas as vantagens e benefícios, a mediação não se destina à solução da crise vivenciada pelo Poder Judiciário, devendo ser utilizada de acordo com as características e peculiaridades de cada caso concreto e não de maneira indiscriminada.

Em uma mediação diante de questões sucessórias, nem sempre será possível restabelecer vínculos já muito danificados, o que, por sua vez, não significará o insucesso da mediação, uma vez que as partes podem cooperar no sentido da realização de uma partilha de bens responsável e honesta, mesmo que não resolvidos os dramas familiares.

Assim, a mediação no campo do direito sucessório pode, ou não, apresentar como consequência a recuperação plena de relações familiares, afinal, em determinadas situações as próprias partes não desejam essa recomposição. De outro lado, isso não impede que a mediação possa estimular um espírito colaborador e cooperativo entre os envolvidos capaz de, no mínimo, criar um ambiente harmonioso, onde todos possam decidir sobre o patrimônio da forma mais respeitosa possível.

Em que pese a limitação de transação em relação a algumas questões sucessórias – a exemplo, partilha extrajudicial quando há herdeiro incapaz – a utilização da mediação em casos como esses não deve ser descartada. Ao contrário, aplicar este modelo consensual, além de influenciar positivamente na comunicação, contribui para que relações familiares hostis e conturbadas possam ser compreendidas e, a partir desta compreensão, a transformação do clima de competitividade, prevenindo, inclusive, eventuais embates que possam surgir.

Nesse sentido, além das vantagens decorrentes da comunicação franca e sobretudo, da autonomia das decisões, a mediação, seja em âmbito processual ou extrajudicial, também “propicia a criatividade das partes envolvidas e conduz à análise da melhor opção face à relação existente, que gerou o conflito”⁵⁰.

Por oportuno, a adoção da mediação, especialmente de forma preventiva na construção de um planejamento sucessório, permite que os herdeiros sejam ouvidos e a sucessão moldada de acordo com a vontade dos envolvidos, devendo, no entanto, serem observados os ditames legais de ordem pública. Logo, a construção conjunta realizada pelo futuro autor da herança e seus herdeiros dos desdobramentos das questões sucessórias pode evitar futuros desentendimentos, afinal, nem sempre uma divisão pragmática do acervo hereditário será suficiente para atender as necessidades de cada sujeito envolvido naquela sucessão. Com a mediação, as partes da relação sucessória – futura ou atual – têm a oportunidade de demonstrar seus honestos interesses e, a partir desta exposição, poderá a partilha ser construída com base nos preceitos legais, mas também respeitando as individualidades de cada sujeito envolvido naquela relação.

A título de exemplo, é possível que um sucessor, embora tenha recebido a mesma cota sucessória dos demais, não se sinta satisfeito com o montante recebido ou com a qualidade dos bens a ele destinado. Ou ainda, podem existir valores imateriais sobre os bens da sucessão e que gerem sobre determinado bem interesses específicos por força de afetos, memórias ou outras questões como a localização, estética ou a pura conveniência dos interessados.

Assim, se questões como essas fossem discutidas em sessões de mediação, possivelmente,

49 Ibidem., p. 76.

50 PISKE, Oriana. “Formas alternativas de resolução de conflito”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 24, n. 5, maio 2012, p. 52.

após ouvidas as pessoas e prestados os esclarecimentos, a construção das disposições poderia resultar em uma partilha mais satisfatória e efetiva. Portanto, a mediação pode ser extremamente eficiente para a transmissão *causa mortis* e uma longevidade do patrimônio, uma vez que é um meio de gestão de controvérsia que não foca apenas no resultado, mas na construção de um consenso pautado na autonomia da vontade.

5. Considerações Finais

Conciliar os interesses pessoais e os patrimoniais das partes sempre foi um dos maiores obstáculos dos processos judiciais e à efetividade das decisões no campo do Direito de Família e das Sucessões. A sentença, como “palavra final” exarada pelo Estado-Juiz, acomoda em alguma medida os litígios levados ao Poder Judiciário. Contudo, os aspectos da subjetividade humana são desconsiderados em muitos dos julgamentos a partir da “letra fria” da Lei. Especialmente no campo sucessório, seja nos inventários judiciais ou nas demais demandas decorrentes da morte, podem surgir conflitos que ultrapassam temas jurídicos e exigem uma abordagem diferenciada, sob pena da renovação e prolongamento das divergências, com maiores desgastes pessoais, emocionais e patrimoniais, inclusive com permanentes rupturas.

O alargamento e desenvolvimento do instituto da autonomia da vontade, expresso constitucionalmente através da autonomia privada, compõem a base do vigente Estado Democrático de Direito na esfera das liberdades individuais e trouxe um terreno fértil para a discussão sobre a autodeterminação dos indivíduos frente às suas potencialidades existenciais e patrimoniais. Especialmente no âmbito processual, os particulares passaram a ter um poder decisório maior na escolha, proposição e busca por meios de gerenciamento e solução de seus conflitos de interesses, podendo, inclusive, transigir e dispor de seus direitos patrimoniais.

Logo, não é difícil perceber que esse cenário foi favorável ao surgimento de formas diversas de autocomposição, especialmente a mediação, decorrentes das diretrizes modernas de autodeterminação que, enquanto discurso, buscam a valorização de soluções preventivas para garantir, no âmbito da sucessão *causa mortis*, a continuidade do patrimônio bem como a manutenção das relações entre os membros da família que, por muitas vezes, são destruídas e se transformam em verdadeiros dramas familiares quando torna-se necessário discutir sobre o destino dos bens a serem partilhados.

A mediação quando utilizada durante o planejamento sucessório ou mesmo após a morte, no período de inventário e partilha de bens, tende a proporcionar aos envolvidos a construção de resultados com benefícios mútuos, buscando em colaboração considerar os interesses de todos na composição, uma vez que permite o desenho de cenários criativos em que todos podem expressar suas necessidades com segurança e honestidade.

Assim, diante da valorização da autonomia da vontade, conjugada com as peculiaridades de cada caso e das possíveis partes envolvidas nos desdobramentos da sucessão *causa mortis*, torna-se necessário promover e possibilitar outras formas de abordagem, meios mais adequados que possam garantir o atendimento das necessidades dos sujeitos envolvidos, preservando a relação existente por meio da tomada de uma decisão representativa e responsável, com base na argumentação participativa, implicando cada um dos envolvidos.

Tal movimento se faz necessário em um contexto de valorização da autonomia privada e das liberdades existenciais, transcendendo a percepção de que as relações sucessórias possuem apenas

dimensões patrimoniais e tributárias. Reconhecer a validade das disposições de vontade quando da elaboração dos termos da partilha, atribuindo os bens do acervo a partir dos desejos postos pelas partes implicadas na Sucessão nas sessões de mediação, é reconhecer a liberdade humana de se autorregulamentar e exercer de forma plena a sua dignidade.

6. Referências

ALMEIDA, Tânia. “Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas”. *In*: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (coord.), **Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-102.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventário e Partilha: Teoria e Prática**. 24.ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOSA, Águida Arruda. “Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário”. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 385-394.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan; GAMA, Mônica Ribeiro de Andrade. “As práticas colaborativas: uma nova abordagem para novas famílias”. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 12, p. 79-93, nov./dez. 2015.

BENETI, Ana Carolina; RODOVALHO, Thiago. “Algumas considerações sobre a utilização da arbitragem no Direito de Família e Sucessório no Brasil”. *In*: TEIXEIRA, Daniela Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo horizonte: Fórum, 2019, p. 71-82.

BRAGA NETO, Adolfo. “Mediação de conflitos: conceitos e técnicas”. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020, p. 145-186.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 309-325.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei n.º 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. **Revista de Processo**, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 82-97.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. 1, Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Tomás Lima; PAZ, Leandro Alves. “A utilização estratégica do planejamento jurídico na organização e gestão do patrimônio familiar”. **Revista de Direito Empresarial: ReDE**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 95-123, set./out. 2015.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 3 ed. 1 reimp. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CORTIANO JR., Eroulths. Conexões: Sucessões e Direitos Fundamentais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 481-490.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. “Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro”. *In*: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2005, p. 51-70.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**, v. 1. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**, volume único. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FISHER, Roger; WILLIAM, Ury; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões** – Projeto de Negociação da “Harvard Law School”. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

HANSEN, Gilvan Luiz. “A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana”. *In*: FACHIM, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (coord.). **Direito e Filosofia – Diálogos**. Campinas: Editora Millennium, 2011, p. 99-120.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis”. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501.

LIMA, Evandro Souza; PELAJO, Samantha. *A mediação nas ações de família*. *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coords.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 223-245.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “‘Sistema multiportas’: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020, p.41-69.

MONTEIRO, Etiel de Oliveira. “Os Limites do Planejamento Sucessório como Meio de Divisão Patrimonial Segundo a Vontade do Titular”. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, n. 25, p. 113-126, jul./ago. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros. “A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo”. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia. “Perspectivas para o planejamento sucessório”. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 18, p. 11-31, nov./dez. 2016.

PAIVA, Fernanda; OBERG, Flavia Maria Rezende Nunes; ARAÚJO, Inês Guilhon; PASSALACQUA, Maria Stela Palhares; ALMEIDA, Tânia. “Práticas Colaborativas – uma necessária mudança de paradigma no direito de família”. *In*: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família: pluralidade e felicidade, 2013, Minas Gerais. **Anais eletrônicos**. Minas Gerais: IBDFAM, 2013, p. 279-296. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/305.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 6, Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira?” *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coords.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 01-32.

PISKE, Oriana. “Formas alternativas de resolução de conflito”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 24, n. 5, p. 47-55, maio. 2012

PRADO, Roberta Niac (coord.). **Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ROLF, Madaleno. “Planejamento Sucessório”. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família: pluralidade e felicidade, 09; 2013, Belho Horizonte, MG. **Anais Eletrônicos**. Minas Gerais: IBDFAM, p. 189-213, 2013. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2020.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à justiça. *In*: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique (coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

SOUZA, Andréia Santiago Sobreira Santos; SANTOS, Franklin Santana. “Histórias de Morte e Luto: um estudo sócio antropológico da vivência da morte em um grupo operativo no Cras”. *Stories of Death and Grief: a study of socio-anthropological experience of death in a group operating in Cras*. **Revista de Psicologia**. Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 50-58, jul./dez. 2015. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/2581>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019a.

TEIXEIRA, Danielle Chaves. “Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro”. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia**

privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019b, p. 463-480.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



DESJUDICIALIZAÇÃO E MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 533/2019 À LUZ DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Flórency Regina Rodrigues de Santana
Felipe Clair de Souza Correa

1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro, enquanto produto das relações sociais e interpessoais¹, sofreu significativas modificações, nos últimos anos, com o objetivo de propor soluções aos diversos problemas inerentes à ineficácia da prestação jurisdicional, decorrente, principalmente, do congestionamento do judiciário e da ausência da real pacificação dos conflitos.

A maximização do acesso à informação – fomentada pela escalada exponencial e irreversível do processo de globalização – provocou uma massiva demanda pelo Poder Judiciário que passou a enfrentar dificuldades para exercer, de forma satisfatória, uma de suas funções precípuas: pacificar os conflitos surgidos no bojo da sociedade.

Dessa forma, sob uma ótica contemporânea, o Direito Processual foi conclamado a buscar alternativas verdadeiramente capazes de otimizar e pacificar as relações sociais para, com justiça e

¹ “(...) As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (e estas relações serão em grande parte objeto de nossa análise). Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. E será bom observarmos, desde já, que a palavra “direito”, entre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “Direito romano”, “Direito canônico”, “Direito italiano”, etc.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 19.

celeridade, atender às demandas dos cidadãos. Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) foi concebido e encontra-se permeado por diversos institutos que trazem consigo a busca por esses ideais, sobretudo materializados através do amplo estímulo às soluções consensuais, baseadas na autonomia da vontade das partes – o que torna evidente a ruptura com a concepção clássica do conceito de jurisdição em que o judiciário era visto como o único caminho para solucionar controvérsias.

O conceito de jurisdição, por conseguinte, também passa a ser revisitado e expandido para além da concepção tradicional de uma atribuição exclusivamente estatal, conforme leciona Humberto Dalla:

Nesse sentido, assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos². Assim, temos a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso judiciais e extrajudiciais. E, ainda, os meios adjudicatórios extrajudiciais, cujo exemplo mais marcante é a arbitragem. Todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa.³

Nota-se, portanto, que o Poder Judiciário passa a ser compreendido como mais um caminho possível a ser seguido pelos cidadãos, dentre os demais disponíveis. Ou seja, diante de um determinado conflito, os jurisdicionados possuem a faculdade de escolher o meio mais adequado para resolvê-lo, sem que estejam restritos à uma única opção. Não por outra razão, a doutrina processualista contemporânea defende que houve um alargamento de possibilidades de resolução de conflitos, que deixou evidente a implantação do chamado “Sistema Multiportas”⁴, no Brasil.

Nesse sistema, o instrumento mais adequado será aquele que possibilitar a resolução do conflito de forma mais efetiva, célere e pacificadora. Assim, ganham especial projeção os denominados meios consensuais de solução de conflitos, enquanto ferramentas hábeis adotadas pela legislação com o escopo de concretizar, no Direito brasileiro, o princípio do Acesso à Justiça, com destaque para a Conciliação e a Mediação.

Além do CPC/15, novos diplomas legais foram editados para coadunar com essa movimentação do Direito Processual contemporâneo, como, por exemplo, a Lei Nº 13.140/15 (Marco Legal de Mediação) e a Lei Nº 13.129/15 (que ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem) – ambas estritamente atreladas à pacificação dos conflitos e à garantia de efetividade da prestação jurisdicional de forma mais adequada e justa.⁵

Seguindo essa tendência de concretização do princípio do Acesso à Justiça e de estímulo à desjudicialização, o Deputado Júlio Delgado apresentou perante a Câmara do Deputados o Projeto de Lei Nº 533/2019 (PL Nº 533/2019). O projeto visa alterar o Código de Processo Civil de 2015 (Lei Nº

2 “In definitiva, il principio del monopolio statale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la giurisdizione non è più esclusiva funzione dello Stato”. PICARDI, Nicola. **La giurisdizione all'alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, p. 53.

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “A releitura do princípio do Acesso à Justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 5, n. 3, 2019, p. 791.

4 “O modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito. No processo civil tradicional a parte é um sujeito passivo, que não se manifesta ou atua no processo. De modo geral, apenas fala através de seu advogado, por petições escritas. No modelo multiportas ela tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito. Adotar este modelo é uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade.” LESSA NETO, João Luiz. “O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!” **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, jun. 2015, p. 439.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**, Curitiba: CRV, 2017, p. 262.

13.105/2015) para acrescentar parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, estabelecendo o conceito de pretensão resistida como condição de acesso ao judiciário.

Diante disso, pretende-se, por meio do presente trabalho, realizar uma breve explanação sobre a referida proposta de alteração do Código de Processo Civil de 2015 por meio do PL Nº 533/2019, sob o prisma da garantia fundamental de Acesso à Justiça, com especial enfoque na utilização da Mediação pré-processual.

Para tanto, o trabalho será dividido em quatro partes. Na primeira será apresentado o ideário do novo código, abordando o estímulo à desjudicialização, a diferença entre acesso à justiça e acesso ao judiciário, bem como a implantação do sistema multiportas no ordenamento jurídico brasileiro.

Na segunda parte, será apresentada uma análise do Projeto de Lei Nº 533/2019, demonstrando em que consiste, o que propõe e em que se fundamenta o referido projeto. Ademais, será posto em confronto o conceito de pretensão resistida e o princípio do Acesso à Justiça.

Na sequência, será discutida a utilização da Mediação pré-processual como forma de oportunizar o Acesso à Justiça, com enfoque para suas características, especificidades, vantagens e contornos práticos – em especial no que toca à sua contribuição para a desjudicialização e a diminuição da litigiosidade nos tribunais pátrios.

Por fim, na quarta parte, serão expostas as considerações finais alcançadas, a partir da sistematização do que foi apresentado.

2. Acesso à Justiça na visão do Direito Processual Contemporâneo

2.1. ESTÍMULO À DESJUDICIALIZAÇÃO IDEALIZADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com intuito de promover a efetividade das garantias fundamentais constitucionais, o CPC/15 trouxe consigo a finalidade de proporcionar a tão almejada concretização do princípio fundamental do Acesso à Justiça – materializado no preceito constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV da CRFB/1988).

Por essa razão, foram incorporadas ao seu texto essas garantias, com destaque para o princípio da autocomposição, que decorre do princípio do acesso à justiça, preceituado no artigo 3º do código:

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

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

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

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

Sendo assim, o CPC/15 pode ser considerado um importante marco do Processo Civil contemporâneo. Isso porque está atento às transformações sociais e às necessidades inerentes à vida pós-moderna – mais célere, dinâmica e conectada do que nunca – o conceito de processo passa a estar diretamente relacionado à ideia de efetividade. Afinal, a efetiva Justiça apenas pode ser alcançada se o conflito entre as partes for plenamente resolvido, sobretudo, em tempo hábil e em observância às reais necessidades de cada um dos envolvidos e às especificidades do bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, Humberto Dalla e Marcia Michele Garcia Duarte assinalam que, na era contemporânea, os meios empregados para solucionar as controvérsias são fundamentais para a

obtenção de uma solução justa e equânime:

A contemporaneidade afasta, de vez, a noção de que o processo é uma mera instituição jurídica destinada à satisfação de pretensões⁶. Não basta ao processo, hoje, satisfazer pretensões, pois o objetivo da contemporaneidade não é meramente finalístico. (...) O processo, mais do que satisfazer pretensões, deve assegurar a eficácia dos meios que conduzem as partes à satisfação destas pretensões, sendo a jurisdição o fio condutor que liga os jurisdicionados ao direito material consagrado na sentença. Por isso, o papel da jurisdição, na contemporaneidade, torna-se tão fundamental⁷.

Evidente, pois, que a mudança de paradigma da legislação pátria, reverberada na implementação de mecanismos direcionados à utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, não deve ser compreendida como um óbice, mas, sim, como concretização à efetividade do princípio do Acesso à Justiça.

Em resumo, sob a ótica da sociedade pós-moderna, a inafastabilidade da tutela jurisdicional encontra-se estritamente atrelada aos diversos princípios que informam o processo, não podendo ser compreendida de forma isolada⁸. Por tais razões, o ideário da desjudicialização preconizado pelo CPC/15 encontra amparo em uma nova sistemática processual.

2.2. ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO JUDICIÁRIO

Durante muito tempo, a discussão em torno da garantia do Acesso à Justiça esteve concentrada em aspectos relacionados à submissão, pura e simples, dos conflitos ao Poder Judiciário, evoluindo, posteriormente, para a implementação dos mecanismos imprescindíveis à sua plena efetivação.

Todavia, uma vez implementado o Sistema Multiportas, a questão ganhou novos contornos, de forma que, na atualidade, está situada na necessária aplicação do princípio da adequação à tutela jurisdicional:

(...) o ponto inicial era o mero acesso. Em seguida, focou-se no caráter instrumental da jurisdição. Indo um pouco além, realçou-se a busca por uma real efetividade. Hoje, o objetivo é o fortalecimento do princípio da adequação. Temos vários instrumentos ao nosso dispor. Numa determinada situação, vários ou pelo menos alguns deles podem ser acessíveis, instrumentais e efetivos, mas, normalmente, apenas um deles será o mais adequado para aquelas circunstâncias concretas⁹.

Isso porque tal conceito foi construído ao longo do tempo. Rodolfo Mancuso já sinalizava para a releitura do Acesso à Justiça e para a necessidade do judiciário se dedicar aos processos mais complexos:

6 “Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un certo órgano estatal”. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 89.

7 DUARTE, Marcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Interdisciplinaridade, complexidade e pós-modernidade: premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo”. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 4, n. 4, p. 955-999, 2018.

8 Na visão de Paroski: “O acesso à justiça, quando se pensa em processo jurisdicional, significa, ainda, romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também de fornecimentos de meios (materiais, financeiros etc) adequados durante todo o desenvolvimento do procedimento; significa redução de custos, encurtamento das distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados”. PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 138.

9 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**, Curitiba: CRV, 2017, p. 262.

Na devida releitura, atualizada e contextualizada, do acesso à justiça, cumpre visualizá-lo em termos de oferta residual, uma garantia subsidiária, disponibilizada para as controvérsias não dirimidas ou mesmo impossíveis por outros meios, auto e heterocompositivos. Com isso, o judiciário poderá então dedicar-se aos processos efetivamente singulares e complexos, ao invés 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. Esse crescimento físico, que atinge patamares alarmantes, sobre não resolver o problema – já que a crise numérica é uma consequência e não a causa – é, além disso, inócuo, porque a oferta prodigalizada de justiça só faz exacerbar a demanda por ela, num perverso círculo vicioso¹⁰.

Em suma, Mancuso defendia que o serviço judiciário não pode se converter numa prestação primária, mas sim deveria ser entendido como uma fonte residual e destinada a casos de lides efetivamente singulares e complexas, tais como: as ações ditas necessárias e os conflitos impossíveis.

A partir dessa evolução, é possível identificar uma nova configuração do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a existência do que, hoje, a doutrina denomina de “Sistema Multiportas”, onde os meios consensuais de resolução de conflitos também são considerados formas de Acesso à Justiça.

Assim, sob o prisma de um modelo de múltiplas portas, “essencialmente democrático e participativo” baseado na “noção de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito” – conforme observa João Luiz Lessa Neto¹¹ –, faz-se imprescindível destacar que a concepção de acesso à justiça, na era contemporânea, encontra-se desassociada da ideia de uma busca exclusiva por uma decisão adjudicada.

Afinal, a obtenção de uma solução conjunta, construída pelas próprias partes, em atenção às expectativas e necessidades individuais de cada indivíduo, tende a possuir maior solidez e respeito que uma decisão imposta por um terceiro julgador. Desse modo a jurisdição cumpre, plenamente, sua função precípua de promover a pacificação social, o princípio do Acesso à Justiça.

3. Análise do Projeto de Lei Nº 533/2019 (PL Nº 533/2019)

3.1. EM QUE CONSISTE, O QUE PROPÕE E EM QUE SE FUNDAMENTA O PL Nº 533/2019?

Em 06 de fevereiro de 2019, foi proposto pelo parlamentar Júlio Delgado (PSB/MG), o Projeto de Lei Nº 533/2019 (PL Nº 533/2019)¹² perante a Câmara dos Deputados. O projeto visa alterar o Código de Processo Civil de 2015 (Lei Nº 13.105/2015) para acrescentar parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491 do referido diploma legal, estabelecendo o conceito de pretensão resistida como condição de acesso ao judiciário, de modo a vigorar a seguinte redação:

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 62-74.

11 “O modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito. No processo civil tradicional a parte é um sujeito passivo, que não se manifesta ou atua no processo. De modo geral, apenas fala através de seu advogado, por petições escritas. No modelo multiportas ela tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito. Adotar este modelo é uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade”. LESSA NETO, João Luiz. “O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!", **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 427-441, jun. 2015, p. 439.

12 Vide íntegra do Projeto de Lei Nº 533/2019. BRASIL. Câmara dos Deputados. Tramitação PL Nº 533/2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2191394>>. Acesso em 22 jul. 2020.

Art. 17.

Parágrafo único:

Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor. (NR)

“Art. 491

.....

§ 3º

Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial. (NR)

Conforme se depreende da justificativa do projeto, o conceito de pretensão resistida consiste na “*tentativa prévia de resolver a questão pelas vias de composição e, somente no insucesso dessas vias, será possível a busca da tutela estatal por meio do Judiciário*”.

Em outras palavras, o projeto propõe a materialização da ideia de judiciário como *ultima ratio*, na medida em que visa impor ao autor da ação o ônus de demonstrar que buscou resolver o conflito antes de demandar o Judiciário.

Para tanto, parte da premissa de que as pessoas têm escolhido o Judiciário como primeira opção para solucionar seus conflitos, sem sequer tentar meios administrativos antes. Aduz que não se mostra razoável que tal situação perdure, tanto do ponto de vista estrutural, quanto do ponto de vista orçamentário.

O deputado fundamenta sua proposta em jurisprudência consumerista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³ sobre ausência de pretensão resistida e afirma que o projeto seria salutar na medida em que, na sua visão, o estímulo às soluções consensuais impactará na redução do número de ações judiciais.

Isso porque, na visão do parlamentar, muitos casos poderão ser resolvidos sem a intervenção do Judiciário, o que acabaria por beneficiar a sociedade como um todo, que teria suas demandas solucionadas de modo mais célere e sem desnecessários custos com processos judiciais.

Nesse aspecto, cabe mencionar que é inegável que o estímulo ao consenso preconizado pelo CPC/15 visa, também, a desjudicialização, entretanto, a abordagem da justificativa do projeto em análise parece tornar simplória a resolução de um problema que vem sendo enfrentado e debatido pela comunidade jurídica há anos.

Em que pese se defenda que o uso dos métodos de autocomposição extrajudicial são uma grande e importante saída para o congestionamento do Judiciário, esses métodos não devem ser encarados como a única solução para o problema da litigiosidade, tampouco devem ser considerados como instrumento apto a solucionar toda e qualquer questão.

Isso porque, como visto anteriormente, a busca pela pacificação dos conflitos traz consigo a necessária análise de qual será o instrumento mais adequado e apto a oferecer uma solução justa à

13 CONSUMIDOR. SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA E COBRANÇA INDEVIDA RELATIVA À SERVIÇO NÃO SOLICITADO. RECONHECIMENTO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS E DA INTERRUÇÃO DOS SERVIÇOS. DANOS MORAIS AFASTADOS PELA EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. - A parte autora não demonstrou ter entrado em contato com a ré sequer uma só vez para que essa restabelecesse a internet e cancelasse o serviço, quer através da informação de algum número de protocolo de atendimento ou outro meio de prova. Assim, tem-se que a versão apresentada na inicial, no sentido de que houve diversas tentativas de resolução do caso perante a ré, não é verossímil, importando no afastamento da indenização de cunho moral. - Está na hora de se resgatar a ideia da pretensão resistida como condicionante do direito à tutela jurisdicional. Não pode o Judiciário, até por uma questão de viabilidade estrutural e orçamentária, continuar sendo a primeira, única e a mais atrativa, financeiramente, porta de materialização de direitos. Impõe-se que antes se esgotem vias de composição e só no insucesso destas, possível seria a busca da tutela estatal através da atividade judicante. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível nº 71002773794, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 17/10/2011).

controvérsia em questão, em atenção a todos os meios disponíveis dentro do sistema multiportas.

No que se refere a fundamentação legal, consubstanciam-se as alterações propostas nas condições da ação, especificamente no requisito de *“interesse na prestação jurisdicional”*. Isso porque, defende-se que uma vez tentada a composição no momento pré-processual e não resolvida a questão, a pretensão resistida estaria caracterizada e, portanto, configurado o interesse da parte em recorrer a prestação jurisdicional.

Desse modo, conclui que *“se a via de composição não resolver a questão, caracterizando a pretensão resistida, estará constatado o interesse da parte na prestação jurisdicional.”*

Por fim, as alterações são legitimadas (i) no poder de conformação conferido ao legislador para atribuir concretude aos direitos constitucionalmente garantidos; e (ii) utiliza analogicamente a opção legislativa adotada no tratamento da impetração do mandado de segurança¹⁴.

A problematização entre o estabelecimento da condicionante de pretensão resistida e Acesso à Justiça, assim como dos fundamentos legais utilizados para legitimar a alteração proposta será, devidamente, abordada adiante.

3. 2. CONCEITO DE PRETENSÃO RESISTIDA E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, sob uma análise precípua, o PL Nº 533/2019 pode aparentar estar de acordo com os novos contornos do conceito de Acesso à Justiça estabelecido pelo direito processual contemporâneo, uma vez que, na justificativa da proposta, é afirmado que a tentativa prévia de composição não viola o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988.

É fato que, sob a atual ótica do direito processual, a adoção prévia de vias de medidas de composição não viola o princípio do acesso à justiça. Isso porque, como visto anteriormente, seu conceito não é mais entendido como mero acesso ao poder judiciário.

Ocorre que, o PL Nº 533/2019 propõe tornar obrigatório o prévio recurso à via administrativa, ou seja, cria uma espécie de condicionante prévia à submissão de demandas ao poder judiciário. Sob esse prisma é que o presente estudo se debruça, a fim de levar os pensadores do direito a uma cuidadosa reflexão acerca de tal obrigatoriedade pretendida, analisando-se, principalmente, se o projeto configuraria ou não, em alguma medida, uma violação à garantia fundamental ao Acesso à Justiça.

O PL Nº 533/2019 defende não haveria violação, na medida em que sustenta que *“a resposta do Judiciário variará conforme os preceitos normativos decorrentes das regras processuais que estabelecem determinados condicionamentos, que devem ser observados pelas partes que ingressam em juízo”*.

Nesse sentido, como visto no capítulo anterior, as alterações propostas estariam abarcadas pelas condições da ação, especificamente no requisito de *“interesse”*. Além disso, muito embora se reconheça no projeto que é vedado ao legislador criar empecilhos que possam inviabilizar o efetivo cumprimento do princípio do Acesso à Justiça, as alterações se baseiam no poder de conformação conferido ao legislador para atribuir concretude aos direitos constitucionalmente garantidos.

¹⁴ Cf. disposto no artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. A referida lei revogou a Lei n. 1.533/51, que alterava disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança.

Por analogia, recorreu-se, ainda, ao fato do legislador ter optado por impor condicionantes a impetração de mandado de segurança¹⁵, de modo que se estabeleceu que não será concedida a segurança quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.

Neste particular, entendemos que as situações são completamente diferentes, tendo em vista que em conflitos com a Administração Pública, o momento pré-processual é constituído por um procedimento administrativo, que possui rito próprio de tramitação.

Ademais, em regra, o procedimento administrativo observa não só as garantias constitucionais e a legislação pertinente como, também, os princípios norteadores da Administração Pública. Desse modo, impedir que a parte acesse ao Poder Judiciário sem antes ter recorrido a última via recursal administrativa existente no procedimento administrativo, justifica-se neste caso específico, mas em nada se confunde com a tentativa de composição extrajudicial em casos afetos a outras áreas do direito.

Vale ressaltar que, justamente, a criação de um sistema de preservação de garantias fundamentais fora do Judiciário é uma questão que vem sendo amplamente debatida pela doutrina e tem sido apontada como o grande desafio da aplicação do sistema consensual no âmbito extrajudicial. Nesse sentido, vale destacar entendimento de Humberto Dalla sobre a temática:

Não se alegue que esse controle será feito a *postetiori*, na hipótese de uma ação anulatória, ou mesmo no curso da execução do acordo ou da sentença arbitral. Na medida em que são garantias fundamentais, devem ser implementadas desde logo e fazem parte da própria essência democrática do procedimento. Afinal de contas, se estamos a sustentar um conceito mais amplo de jurisdição, de modo a abarcar os meios extrajudiciais de solução de conflitos, temos que preservar, também neles, o mesmo grau de exigibilidade das garantias estruturais e individuais¹⁶.

Assim, na mesma medida em que tais garantias são preservadas no Judiciário – já que se defende uma aplicação do conceito de jurisdição – deve-se, também, realizar esse controle no âmbito extrajudicial. Por essa razão, ainda carece de muita cautela a ideia de se impor a busca por uma solução consensual em um momento pré-processual.

Como o próprio texto do PL Nº 533/2019 apresenta, ainda são poucos os meios extrajudiciais de soluções de conflitos disponíveis ao jurisdicionados e aptos a proporcionar um serviço de qualidade. A justificativa elenca apenas 4 plataformas soluções extrajudiciais de conflitos no âmbito do direito do consumidor, a saber: (i) Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC; (ii) Ouvidoria; (iii) Consumidor.gov.br; e (iv) Procon.

Ademais, o projeto cita apenas plataformas relacionados ao direito consumerista que, muito embora seja uma das áreas que geram grandes demandas pelo Judiciário, não é a única que merece atenção e, tampouco, será a única afetada com a alteração legislativa proposta pelo projeto.

Cumprir reiterar que as soluções consensuais prévias podem e devem ser estimuladas, sobretudo no momento pré-processual. Contudo, não podem ser encaradas como uma solução milagrosa para acabar com o congestionamento do judiciário e pôr fim à litigiosidade de massa.

De fato, é preciso romper com a cultura do litígio instaurada na sociedade e promover uma verdadeira mudança no pensamento e no comportamento dos jurisdicionados para desafogar o Poder

15 Lei nº 12.016/2009. Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

16 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017, p. 260.

Judiciário e pôr fim aos problemas correlatos a essa realidade.

A obrigatoriedade, contudo, não parece, ao menos diante do cenário atual, ser a medida mais benéfica para corrigir essa problemática que, por muitos anos, assola o país. Dessa forma impor a adoção dos meios consensuais não se demonstra uma alternativa razoável para materializar o pensamento idealizado pelo constituinte e pelo legislador processual no que se refere à efetivação da garantia fundamental de Acesso à Justiça.

Defende-se que o consenso seja estimulado, no entanto não pela via da obrigatoriedade, mas sim por meio do debate e conscientização da sociedade sobre todos os instrumentos disponíveis e aptos a solucionar os conflitos, sobretudo a “ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito”, defendida por Mazzola¹⁷ como uma nova visão constitucional do princípio em questão.

A busca pela real pacificação do conflito e efetividade da prestação jurisdicional deve, portanto, ser ensinada nos bancos de graduação, para que haja uma alteração, desde logo, na formação do profissional que atuará como operador do direito, seja como advogado, seja como juiz e demais funcionários dos tribunais ou auxiliares da justiça.

Tal estímulo deve perdurar após o bacharelado, por meio de cursos de aperfeiçoamento profissional e palestras. Sem dúvidas, o acesso ao conhecimento e o debate de ideias parece ser o caminho para a promoção de mudança cultural na sociedade de combate a cultura do litígio.

O saudoso professor Barbosa Moreira foi um dos precursores na doutrina a se preocupar com a questão da efetividade do processo. Na sua visão, “*será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.*” Acrescenta, ainda:

Na verdade, nenhum sistema processual, **por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção.** Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração dos poderes do órgão judicial na direção do processo. É patente a tendência ao incremento de tais poderes nas reformas recentes da legislação brasileira. E o fenômeno está longe de restringir-se ao nosso ordenamento. (...) **Não vamos, reincidir, porém, na ingênua ilusão de supor que só com textos se resolva tudo. A grande questão está em saber em que medida e sentido hão de ser exercitados pelo juiz os poderes que a lei o investe. Com isso recaímos no antigo e sempre atual problema da formação de magistrados**¹⁸. (grifos nossos)

Por todo o exposto, nos parece que a alteração do texto legal, além de não resolver o problema da efetividade, cria um óbice ao acesso à justiça ao gerar a obrigatoriedade de busca de tentativa de solução consensual prévia. O que, em nossa visão não foi o idealizado pelo constituinte, tampouco pelo legislador processual, quando da elaboração do código de processo civil de 2015.

Além de criar esse óbice, impor uma tentativa de solução amigável no momento pré-processual para partes que não possuem qualquer interesse na medida demonstra evidente contrassenso com a própria finalidade dos meios consensuais de resolução de conflitos.

Entende-se que o estímulo ao consenso deve acontecer, mas de forma natural e facultativa, ou seja, por opção das partes, desde que haja uma efetiva conscientização com o objetivo de internalizar nas mentes a cultura da pacificação por meio da autocomposição e pôr fim a cultura do litígio.

17 MAZZOLA, Marcelo. “Abriram as portas do Judiciário, mas não mostraram a saída. O novo CPC e uma visão contemporânea do acesso à justiça”. In: **Opinião Pública**. Goiânia: Diário Matinal, fev. 2016. Disponível em: <<http://digital.dm.com.br/#!/view?e=20160215&p=32>>. Acesso em 11 jun. 2019

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Por um processo socialmente efetivo”. In: **Temas de Direito Processual**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 15-27.

3.3. TRAMITAÇÃO DO PL Nº 533/2019

Após a apresentação perante a Câmara dos Deputados, em 19 de março de 2019 a Mesa Diretora remeteu para a apreciação conclusiva das Comissões de Defesa do Consumidor e Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme determina o regimento interno¹⁹.

Em 02 de abril de 2019, o Deputado Vinicius Carvalho (PRB-SP) foi designado Relator do projeto na Comissão de Defesa do Consumidor e em 06 de junho de 2019, emitiu parecer²⁰ em que vota favorável pela aprovação do PL Nº 533/2019, na forma do substitutivo apresentado.

Assim, com intuito de consignar expressamente que a comprovação da resistência²¹ do poderá ser feita por meio de protocolos e reclamações registrados em estabelecimentos físicos ou serviços de atendimento ao consumidor (SACs), além dos realizados perante o Procon, bem como outras entidades e/ou órgãos que atuem em defesa do consumidor, O substitutivo prevê a inclusão de mais um parágrafo no artigo 17 do CPC/15, conforme grifado abaixo:

Art.17.....

§1º Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.

§2º Tratando-se de ação decorrente de relação de consumo, a resistência mencionada no §1º será demonstrada pela comprovação da tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. (NR)

Além disso, em 19 de junho de 2019, foi apresentada emenda ao substitutivo, que foi aprovada²² pelo Relator da Comissão de Defesa do Consumidor, por entender que por possibilitará formas adicionais de acesso ao consumidor a mecanismos eletrônicos, que representam a redução das distâncias e asseguram uma maior abrangência e comodidade, conforme destacado abaixo:

Art. 17.

§ 1º Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.

§ 2º Tratando-se de ação decorrente da relação de consumo, a resistência mencionada no § 1º poderá ser demonstrada pela comprovação de tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, presencialmente ou pelos meios eletrônicos disponíveis. (NR)

Art. 491

§ 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial.” (NR)

19 (Mérito e Art. 54, RICD) - Art. 24, II Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Regime de Tramitação: Ordinária (Art. 151, III, RICD).

20 Parecer disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760198&filename=Tramitacao-PL+533/2019>, Acesso em 22 de jul. 2020.

21 “a resistência mencionada poderá ser demonstrada pela reclamação feita pelo consumidor diretamente ao réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”. p. 02 – II – Voto do Relator Deputado Vinicius Carvalho – **Comissão de Defesa do Consumidor**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760198&filename=Tramitacao-PL+533/2019>. Acesso em 22 de jul. 2020.

22 Voto do Relator Deputado Vinicius Carvalho – **Comissão de Defesa do Consumidor**. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1801445&filename=Tramitacao-PL+533/2019 - Acesso em 22 jul. 2020.

Após ser retirado de pauta da Reunião Deliberativa Ordinária do dia 06 de novembro de 2019, devido aprovação de requerimento feito pelo Deputado Celso Russomanno, em 19 de novembro de 2019 o projeto foi devolvido ao Relator da Comissão de Defesa do Consumidor (CDC), Deputado Vinicius Carvalho (REPUBLIC-SP), e até a data de encerramento do presente trabalho, não houve novas movimentações. Portanto, o PL Nº 533/2019, segue pendente de apreciação conclusiva pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

4. Desjudicialização: O uso da Mediação pré-processual como forma de Acesso à Justiça

A partir de sua definição legal, consubstanciada no teor do parágrafo único do artigo 1º da Lei Nº. 13.140/2015, a Mediação pode ser essencialmente conceituada como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”²³.

Dessa forma, “é uma forma heterotópica de solução de controvérsia”²⁴ por meio da qual o papel do mediador visa “facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas”²⁵.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no cerne do movimento de desjudicialização e de promoção efetiva do Acesso à Justiça, a Mediação ganhou projeção no país como uma resposta à crise observada no âmbito do Poder Judiciário.

Todavia, fato é que, para além de sua positiva vertente de ser uma eficaz alternativa à tutela exclusivamente estatal, plenamente capaz de promover a pacificação dos conflitos sociais, esse meio consensual de solução de controvérsias possui, como função precípua, a capacidade de resolver as mais variadas discussões de forma plena e efetiva, com atenção às especificidades de cada caso e com foco no comum acordo entre a vontade das partes envolvidas:

Ponto indiscutivelmente importante, a auto composição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento²⁶.

Ademais, não é adequado que a Mediação seja utilizada de forma deliberada, para tentar solucionar, indistintamente, as mais variadas gamas de controvérsias. A contrário senso, sob a égide de um Sistema Multiportas, cabe às partes e aos operadores do Direito, de um modo geral, avaliar as especificidades de cada método disponível e optar pelo que for mais adequado, visando o alcance da obtenção da pacificação.

A opção pela Mediação, portanto, deve atenção ao artigo 3º da Lei nº 13.140/2015, sendo certo

23 BRASIL. Lei de Mediação – Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 14 mar. 2020.

24 DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 69.

25 TARTUCE, Fernanda. “Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos”. In: FREIRE, A. et al. (Org.) **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Jus PODIVM 1. ed., 2013. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2020.

26 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 17. ed., Salvador: ed. Juspodivm, 2015, p. 280.

que apenas podem ser submetidos a esse método, os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

É preciso, ainda, observar que a atuação do mediador, como regra, encontrará baliza no necessário restabelecimento do diálogo entre as partes (muitas vezes comprometido em razão do conflito) e nas especificidades do caso.

Não obstante, o mediador deve ser um profissional qualificado para a prática e sua atuação será norteadada pela busca de uma construção de um ambiente favorável ao consenso por meio de uma postura não-adjudicatória, ou não-interventiva.

No que diz respeito às vantagens da Mediação, merecem destaque a celeridade do procedimento, bem como, seu caráter confidencial, sua menor onerosidade (se comparado, por exemplo, aos custos de um processo judicial) e a busca pelo consenso (com fulcro na autocomposição), hábil a concretizar o ideário de maior pacificação social²⁷.

Impende, ainda, frisar que o procedimento pode ser utilizado tanto de forma extrajudicial (ou pré-processual) quanto no bojo de um processo judicial já instaurado (isto é, a denominada “mediação judicial”, coordenada por um mediador designado pelo Poder judiciário).

No cerne das questões discutidas no âmbito do presente trabalho, a “mediação extrajudicial”, por sua vez, desponta como uma opção anterior ao litígio, o que configuraria, em tese, a existência de “pretensão resistida” apregoada pelo PL N.º 533/2019 como uma espécie de “condição da ação”.

Em linhas gerais, esse procedimento ocorre em um momento pré-processual, de modo totalmente desvinculado do Poder Judiciário – que sequer tomará conhecimento de sua realização caso o procedimento seja frutífero. Essa independência garante, ainda, uma maior liberdade de atuação ao mediador, que não estará atrelado às diretrizes fixadas por um Julgador, por exemplo.

Note-se, também, que o CPC/15 permite a realização de mediação extrajudicial mesmo após a instauração de uma demanda perante o Poder Judiciário, sendo oportunizado às partes pleitear a suspensão do processo e buscar a autocomposição fora dos tribunais.

Sendo assim, no contexto do movimento observado no âmbito do Direito Processual contemporâneo de uma incessante busca pela desjudicialização, a Mediação pré-processual é, claramente, uma das principais ferramentas disponibilizadas aos jurisdicionados para pacificação de conflitos e alcance da ordem jurídica justa.

Todavia, faz-se necessário atentar para seu caráter iminentemente consensual, de modo que a autonomia da vontade das partes não pode restar mitigada ou superada, sob pena de invalidade do procedimento.

Destarte, é preciso que proposições como a que ora tramita na Câmara dos Deputados (PL N.º 533/2019²⁸) sejam discutidas pela comunidade jurídica e analisadas com significativa cautela, tendo em vista que a imposição e a arbitrariedade não se coadunam com os objetivos centrais de

27 Nesse sentido: “A Mediação tem como vantagens principais o fato de ser rápida, confidencial, econômica, justa e produtiva. O tempo normalmente gasto em um procedimento de Mediação é muito reduzido, sobretudo se comparado ao tempo do processo judicial. Grande parte dos casos são resolvidos em uma só audiência, que pode demorar uma ou duas horas. Todavia, pode requerer sessões adicionais, sobretudo para que os envolvidos sejam ouvidos em separado pelo mediador e para que possam consultar parentes, amigos ou sócios sobre eventual proposta em discussão. O custo da Mediação é em muito inferior ao custo do processo judicial. Além de dispensar advogados (mas não se proíbe que os envolvidos sejam assistidos), o serviço do mediador dispensa maiores estruturas, bastando-lhe uma sala e uma secretária. Diz-se que a Mediação é justa porque a solução do conflito é autocompositiva, o que proporciona maior alcance da almejada pacificação social.” CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121-122.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. Tramitação PL N.º 533/2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>>. Acesso em 22 jul. 2020.

importantes ferramentas de autocomposição, como a conciliação e a mediação pré-processual.

Conforme amplamente asseverado nos capítulos anteriores, é inegável a ruptura da legislação brasileira com obsoleta e ineficiente concepção clássica do Direito Processual. O processo de desjudicialização, nesse sentido, é, sem dúvidas, de singular importância, mas deve observância às especificidades do Sistema Multiportas, às características inerentes a cada um dos meios consensuais de solução de controvérsias e, principalmente, aos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio – sobretudo, a garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/1988²⁹).

5. Considerações finais

No presente trabalho buscou-se apresentar uma breve explanação sobre a proposta de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do conceito de pretensão resistida como condição para ajuizamento de ações judiciais e o uso da Mediação pré-processual, sob o prisma do princípio do Acesso à justiça, na visão do direito processual contemporâneo.

A partir das análises feitas, verificou-se que ideia do legislador processual foi promover a autocomposição, uma vez que se mostra a via mais adequada para a pacificação de diversos conflitos e efetivação da prestação jurisdicional.

O estímulo ao consenso, a busca pela pacificação dos conflitos e o novo conceito de acesso à justiça representam a noção de direito processual contemporâneo. Desse modo, restou evidente que foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro o sistema multiportas, razão pela qual princípio do acesso à justiça não deve mais ser concebido apenas como acesso ao poder judiciário e a adjudicação de uma decisão.

Constatou-se, ainda, que iniciativa legislativa de estimular a desjudicialização é positiva e demonstra que a efetividade na prestação jurisdicional e o desafogamento do Poder Judiciário são preocupações que estão na ordem do dia. Entretanto, a princípio, a imposição de tentativa de solução amigável prévia não parecer ser o caminho ideal para resolver essa questão.

Por fim, em que pese os inúmeros benefícios da Mediação pré-processual, concluiu-se que a alteração proposta provavelmente não resolverá o problema da litigiosidade. Além disso, se aprovada, poderá criar um óbice ao acesso à justiça ao gerar a obrigatoriedade de buscar uma solução consensual prévia. Sem contar que representaria evidente contrassenso com a própria finalidade dos meios consensuais de resolução de conflitos, que privilegiam a vontade das partes.

Isso porque a prática tem evidenciado que obrigar as partes a tentarem solucionar o conflito pela via consensual no início da tramitação do processo, conforme prevê o artigo 334 do CPC/15, não tem surtido o efeito idealizado pelo legislador processual, diante da resistência das partes e dos operadores do direito como um todo.

Fato é que ainda impera no Brasil a cultura do litígio e o descrédito ao sistema consensual como instrumento eficaz de resolução de controvérsias. Nesse sentido, vale reiterar que o estímulo ao consenso deve acontecer, mas de forma natural e facultativa, ou seja, por opção das partes, desde que haja uma efetiva conscientização com o objetivo de internalizar nas mentes a cultura da

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

pacificação por meio da autocomposição, para pôr fim a cultura do litígio.

Espera-se que esses desafios sejam superados e que os fins idealizados pelo legislador processual, sobretudo a obtenção da real pacificação dos conflitos, por meio do instrumento que for mais adequado, como forma de garantia de efetividade na prestação jurisdicional e promoção dos princípios e garantias fundamentais.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Tramitação PL Nº 533/2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>>. Acesso em 22 jul. 2020

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Lei de Mediação – Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 22 jul. 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, **Marcelo**. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 17. ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DUARTE, Marcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Interdisciplinaridade, complexidade e pós-modernidade: premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo”. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 4, n. 4, 2018.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e**

solução de conflitos: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios.** Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

LESSA NETO, João Luiz. “O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 427-441, jun. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MAZZOLA, Marcelo. “Abriram as portas do Judiciário, mas não mostraram a saída. O novo CPC e uma visão contemporânea do acesso à justiça”. *In: Opinião Pública.* Goiânia: Diário Matinal, fev. 2016. Disponível em: <<http://digital.dm.com.br/#!/view?e=20160215&p=32>>. Acesso em 22 jul. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Por um processo socialmente efetivo”. *In: Temas de Direito Processual.* 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição.** São Paulo: LTr, 2008.

PICARDI, Nicola. **La giurisdizione all'alba del terzo millennio.** Milano: Giuffrè, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “A releitura do princípio do Acesso à Justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 5, n. 3, p.791-830, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação:** limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017.

SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66077/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em 23 jul. 2020.

TARTUCE, Fernanda. “Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos”. *In: FREIRE, A. et al. (Org.) Novas Tendências do Processo Civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Jus PODIVM 1. ed., 2013. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2020.



A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A CONTRIBUIÇÃO DO CONHECIMENTO PSICANALÍTICO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gita Goldenberg

O presente trabalho surgiu da necessidade de estudar os procedimentos adequados na resolução de disputas judiciais e em especial a mediação Extrajudicial. O Código de Processo Civil enuncia como norma fundamental do processo civil a busca pela solução consensual dos litígios, deslocando a composição da lide para a mediação, a exemplo de quando confere especial tratamento legal à aplicação do método em contextos familiares. A disciplina da mediação prevista no CPC, segue exatamente o mesmo modelo preconizado pelo CNJ¹, que opta por priorizar a mediação no âmbito do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2016, representou um grande avanço na esfera jurídica, uma vez que delimita, ao contrário Código anterior, o instituto jurídico da mediação. O CPC trata, dentre outros institutos, da disciplina processual da mediação, considerando-a como forma

¹ O CNJ - Conselho Nacional de Justiça dispõe através da Resolução nº. 125 de 2010 sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Em atenção a Resolução de CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro criou mediante a Resolução nº. 23 de 2011, o NUPEMEC- Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

mais adequada de resolução de conflitos que deve ser estimulada pelos operadores do direito².

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana impõe a existência de um conjunto de condições essenciais para a vida de um ser humano, exigindo do Estado³ ações garantidoras de acesso à justiça. Sob este prisma, a mediação privilegia a celeridade do processo e a efetividade, possibilitando na realidade a promessa constitucional de uma justiça capaz de legitimar democraticamente as soluções, sem excesso de formalismo e burocratização, que podem gerar o agravamento dos conflitos existentes entre as partes.

O Código de Processo Civil embora regulamente principalmente a mediação judicial. Vale ressaltar que não veda a mediação extrajudicial, excepcionalmente em seu Capítulo preconizado “As Ações de Família” no seu parágrafo único do art. 694⁴, a importância da mediação extrajudicial na solução das controvérsias familiares, caso em que haverá a suspensão do processo litigioso.

Antes do CPC de 2015, já havia sido sancionada uma lei específica sobre Mediação, qual seja, a Lei nº. 13.140/2015, que disciplinou, inclusive, a mediação extrajudicial⁵ em diferentes áreas de conhecimento mesmo na hipótese de inexistência de processo judicial. As disposições desta Lei são, em geral, harmônicas com às do Novo Código de Processo Civil, sendo que, nos eventuais pontos em que são incompatíveis, deve-se entender que a lei de mediação derroga a lei processual civil, conforme o § 2º do art. 1.046 do próprio CPC⁶, por força do critério da especialidade.

Quanto ao significado do processo de mediação, vale enfatizar o ensinamento de Marilene Marodin e de Stella Breitman, para as quais:

“Mediação: é o processo de gestão de controvérsias no qual um profissional- o mediador- intervém de forma imparcial e neutra, facilitando a comunicação entre os envolvidos, com vistas à solução da disputa. Esta solução, de benefício mútuo, será construída pelos próprios participantes, a partir da identificação dos seus interesses e necessidades, e será legitimada através de um acordo voluntário que consubstanciará o seu cumprimento. O mediador pode ser oriundo de diferentes campos profissionais, distinguindo-se pelo fato de possuir capacitação teórica e metodológica específica”⁷

Na mediação deve prevalecer a mentalidade de que todos os envolvidos neste procedimento devem ganhar, isto é, através da comunicação e das discussões, não se incentivando a competição e a confrontação, mas a cooperação. Neste processo informal, secundariamente as partes podem chegar a um acordo construído por elas, sem qualquer imposição do mediador, diferentemente do que ocorre nos processos judiciais formais, onde uma parte vence, enquanto a outra perde, e a decisão é imposta pelo juiz.

Para que a mediação possa se concretizar e atender às expectativas daqueles que adotam os métodos consensuais de solução de conflitos, é indispensável que esta se desenvolva segundo os princípios que preservam as características principais deste instituto. Os princípios jurídicos podem ser definidos como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico e, no caso dos princípios da mediação, estes devem ser sempre

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

3 § 2º do NCPC “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

4 Art. 694, parágrafo único, do CPC: “A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

5 Na lei da Mediação é preconizada a mediação extrajudicial no Capítulo I, Seção II, Subseção II “Dos Mediadores Extrajudiciais” e na Seção II, Subseção II “Da Mediação Extrajudicial”.

6 Art. 1046, § 2º do NCPC: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

7 MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. “A Prática da Moderna Mediação: Integração Entre a Psicologia e o Direito”. In: **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**, Campinas: Millennium, 2002, p. 473.

compatibilizados com os princípios constitucionais.

Os princípios *da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada* fundamentam a mediação encontram-se insculpidos no art. 166 do CPC.

Segundo o princípio de independência, o mediador deve conduzir as sessões sem passar por qualquer pressão interna ou externa, tendo a prerrogativa de recusar, suspender ou interromper a reunião se não estiverem presentes as condições importantes para o bom desenvolvimento deste procedimento. Portanto, é fundamental que a mediação transcorra com independência em relação ao magistrado, uma vez que o mediador como um facilitador da comunicação está mais voltado a tratar conflitos das partes através do diálogo que poderá conseqüentemente ter um acordo construído entre as partes e o mesmo ser homologado.

O mediador deve ter uma conduta de imparcialidade, ou seja, não deverá defender os interesses das partes nem representar nenhuma delas, mas sim valorizar cada uma, criando espaço para escuta e respeito. A imparcialidade não impede que o mediador procure eliminar os desequilíbrios que possam ocorrer, podendo intervir com vista à solução da disputa, caso reconheça maior habilidade de uma das partes na negociação.

O princípio da autonomia da vontade consiste em dizer que as partes devem ser livres para concordar quanto ao procedimento da mediação, não podendo ser coagidas ou obrigadas a aceitar qualquer acordo que não atinja o resultado desejado e satisfatório.

Igualmente relevante é o princípio da confidencialidade⁸, uma vez que proporcionará às partes uma maior liberdade de expressão ao poderem confiar no mediador, bem como que tudo que for falado durante as reuniões não será divulgado e tampouco usado contra elas no processo, caso não haja um acordo. Esse princípio ressalta a importância do sigilo para com os problemas tratados e para a preservação do discurso das pessoas envolvidas, visando a garantia de que os aspectos íntimos da relação não sejam exteriorizados fora do âmbito desse procedimento.

Os princípios da oralidade e informalidade são preconizados na mediação justamente para evitar tamanha burocratização no judiciário, tornando o processo mais célere e proporcionado às partes não ficarem restritas ao que está escrito nos autos, e sim a sua própria expressão oral. Já a informalidade é um instrumento necessário ao mediador para conduzir livremente a mediação, que deverá se afastar da linguagem jurídica para melhor ser entendido pelas partes, posto que o excesso de formalismo cerceia o profissional em sua liberdade de conduzir os conflitos e impede as partes de expressarem suas emoções.

O princípio da decisão informada é importante, pois possibilita ao mediador cuidar e proteger para que as partes devam ter a plena consciência de seus direitos e serem informadas de todo o procedimento da mediação, desde a primeira reunião até o final. Caso haja acordo, as pessoas envolvidas na mediação devem também ser devidamente informadas quanto às conseqüências da solução escolhida que será homologada.

Vale enfatizar que, além dos princípios da mediação, o CPC reitera a importância da boa-fé⁹

8 Art. 30, § 1º da lei da Mediação: "O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação... § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública".

9 A boa-fé deve reger todos os atos daqueles que participam deste procedimento de resolução de conflito, nomeadamente as partes e o terceiro como o mediador. Estes se obrigam a agir com lealdade e respeito, tanto na exposição dos fatos com observância da verdade.

como um dos pilares de todas as relações processuais civis, notadamente no art.5^o¹⁰, permitindo pressupor que todas as pessoas que participarem da mediação, bem como o mediador, devem agir com lealdade.

A boa-fé é relevante para as partes que se dispõem a participar de um processo de mediação, tanto na exposição dos fatos, como na manutenção do respeito mútuo. Diante disso, é vedado às partes agirem com má-fé, praticando ato simulado com o objetivo de ganhar tempo no processo para retardar a efetiva solução do litígio. O não cumprimento da boa-fé pode gerar a interrupção prematura do procedimento de mediação pelas partes ou pelo mediador.

Através dos princípios da mediação supramencionados, verifica-se que o Código de Processo Civil manteve como seu principal fundamento, a democracia constitucional e os modernos postulados da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação entre as partes. Visto isso, verifica-se que o CPC não afastou as partes da Jurisdição, mas sim enfatizou o deslocamento da solução dos conflitos interpessoais do Poder Judiciário para o método de solução consensual.

O mediador extrajudicial de Família atuará preferencialmente quando houver vínculo anterior entre as partes em uma relação continuada, conforme dispõe o art. 165, §3º, do CPC, segundo o qual *“O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”*.

Em outras palavras, a mediação irá tratar das relações continuadas e dos vínculos que não se interrompem e continuam a se desenvolver mesmo depois do término do procedimento, principalmente nas relações familiares em que há, evidentemente, a predominância das relações de sentimentos ambivalentes de amor e ódio tanto no âmbito consciente como inconsciente. As formalidades de processos judiciais são lentas e a congestão dos procedimentos legais podem contribuir para uma crescente hostilidade. Na medida que se procura um culpado para a situação, incentivando ataques que visam à destruição do adversário, acentuam-se os problemas.

Através de minha experiência como mediadora penso que o ideal seria que as partes procurassem **a mediação extrajudicial** conforme prevista na “Lei da Mediação nº. 13.140/2015”, para uma solução consensual, antes de ingressarem com a demanda judicial, podendo evitar um desgaste emocional maior em relação à angústia das crianças diante dos desenlaces parentais. Neste sentido a Lei da Mediação valoriza a mediação extrajudicial não somente quando o processo é suspenso, mas antes mesmo da família procurar acesso à Justiça no Judiciário.

Vale ressaltar o trabalho que vem sendo desenvolvido por mim na “Clínica de Mediação Familiar” no **Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade de Direito da UERJ** bem como na “**Clínica Psicanalítica Privada**”. Na referida Clínica enfatizo, em especial a mediação extrajudicial antes mesmo de qualquer processo como consequência do projeto de minha autoria intitulado “**CENTRO DE MEDIAÇÃO NA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ: O PARADIGMA CONTEMPORÂNEO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA À LUZ DA LEI DA MEDIAÇÃO E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**”

Importa mencionar, contudo, as desvantagens para a indicação da mediação, que podem ser melhor entendidas através da contribuição do conhecimento de Psicanálise nas Ações de Família

No âmbito do conhecimento psicanalítico, a meu ver, a mediação será inviável quando uma ou

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

ambas as partes mediandas apresentam uma estrutura perversa¹¹, a exemplo das ações de família nas quais predomina uma estrutura sádica e masoquista entre os membros, podendo ocorrer inclusive violência doméstica e maus tratos infantis. As pessoas que apresentam esta estrutura manifestam mais dificuldade para estabelecer o diálogo com um terceiro, no caso, o mediador e, conseqüentemente, atingir a pacificação dos conflitos.

A estrutura perversa, quando é uma das características predominantes da personalidade de uma das partes, poderá adulterar e falsificar o discurso e manipular a outra pessoa envolvida no procedimento da mediação, bem como o próprio mediador. A pessoa que apresenta tal estrutura demonstra, geralmente, falta de controle dos seus impulsos agressivos, finge que deseja um diálogo, tenta tirar proveito da fraqueza da outra parte, não manifesta qualquer culpa, remorso ou dificuldade na capacidade de reparação, só desejando ganhar sem expressar sentimento de alteridade.

Pessoas com estruturas perversas podem apresentar uma grande falta de tolerância à frustração, possivelmente decorrente de uma maior angústia de perda da mãe primitiva ou quem ocupa este lugar e, conseqüentemente, por ter vivenciado de forma precária a relação edípica. Desta forma, costuma manter relações de domínio e poder, pelo desejo de controlar e anular o outro na vida. Assim, essas pessoas podem demonstrar uma raiva intensa à ordem social e desencadear uma extrema impulsividade e uma necessidade de satisfação imediata.

Voltando ao debate sobre as inovações do Código de Processo Civil, importa acrescentar o fato de que a mediação foi mais enfatizada do que a perícia, que em um processo formal é apenas uma prova técnica utilizada pelo juiz. Já a mediação é um procedimento informal que pode trazer uma contribuição maior aos conflitos existentes entre as partes, evitando a predominância de contendas litigiosas.

Neste sentido, a relação do conhecimento psicanalítico com o Direito vem colaborar mais com a mediação do que com a perícia, porque aquela tem uma preocupação direta de facilitar com que as pessoas envolvidas estabeleçam um diálogo com vistas a saúde mental, bem como ao fortalecimento da relação entre as partes.

Tanto é assim, que já há o entendimento de que no decorrer da perícia, se for detectada a ocorrência de alienação parental¹², poderá ser sugerido pelo perito o encaminhamento das partes para a mediação, a fim de possibilitar que as pessoas envolvidas percebam a importância de manter um diálogo e reflitam sobre o conflito no qual uma aliena e o outro pode estar se auto alienando. Neste sentido, os juristas e mediadores Samantha Pelajo e Evandro Souza Lima afirmam que:

“Quanto aos peritos, muito embora sua função precípua seja a de produção de prova técnica, é importante que tenham em mente que a mais singela oportunidade de composição seja bem aproveitada, pode se transformar em um desfecho exitoso para ambos os lados. Como, no âmbito do Direito de Família, os peritos costumam provir das áreas social e psicológica, sua responsabilidade se torna ainda maior; afinal, possuem uma especial habilidade para sensibilizar as pessoas a se direcionar para o caminho do diálogo e do consenso”¹³.

Os conflitos, em verdade, fazem parte da estrutura humana à luz do conhecimento psicanalítico. Vale frisar que através do método adequado da mediação, os conflitos familiares de destruição, nos

11 O termo estrutura perverso, segundo a psicanálise, está sendo utilizado no como sinônimo de psicopatia conforme nomeado na psiquiatria.

12 Art. 699 do NCPC: “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.”

13 PELAJO, Samantha, Lima Souza Evandro. “A mediação Nas Ações de Família”. In: **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 228.

quais predomina a “pulsão de morte”¹⁴, podem se transformar em relações construtivas, de modo que prevaleçam as pulsões de vida¹⁵, ou melhor dizendo, as relações amorosas sobre as hostis.

Neste sentido, o psicanalista David Zimermam denomina “vínculo processual afetivo”¹⁶, como uma das formas de manifestação dos conflitos destrutivos, que ocorre quando um casal desloca sua relação conflitiva para um processo judicial onde não predomina mais as relações amorosas em uma relação conjugal. Nestas relações, muitas das vezes as partes desejam manter um vínculo a qualquer preço, mesmo que seja pelo predomínio do ódio, podendo acabar deslocando este sentimento a nível inconsciente para o processo judicial vindo, inclusive, a se sentir recompensada em uma eventual vitória na via judicial, por não ter se sentido reconhecida durante a convivência familiar e ter muito ressentimento.

Cabe ressaltar que, ainda que inconscientemente a pessoa consiga a congratulação pelo triunfo no processo judicial, é possível que quando a ação transite em julgado, a parte acabe ajuizando outra demanda para manter o “vínculo processual afetivo”.

Determinadas ações judiciais envolvem questões emocionais tão intensas que a aplicação da lei não consegue solucionar o problema através de um processo litigioso. Nesse sentido, o processo legal pode ser entendido como um aliado invisível para manter um vínculo que, de outra forma, já poderia ter sido finalizado há muito tempo pela mediação. As reuniões ou sessões da mediação entre as mesmas partes, podem contemplar diversas ações tais como divórcio, dissolução da união estável, guarda compartilhada, alienação parental, pensão alimentícia, indenização, tudo em um único procedimento.

Assim, nos casos em que se identifique que o processo Judicial pode estar sendo uma forma de manutenção do vínculo do casal que predomine o ódio, o ideal seria que as partes envolvidas no processo judicial aceitassem ser encaminhadas para um procedimento adequado de resolução de disputa, tal como a mediação. Essa atividade técnica seria o procedimento que mais poderia colaborar para que este tipo de vínculo não persistisse por vários anos na Justiça, proporcionando um fortalecimento dos mediandos e evitando que as relações permanecessem fragilizadas com tantos desgastes emocionais.

Ainda no âmbito do procedimento de mediação, segundo o entendimento psicanalítico, é importante citar os fenômenos transferenciais¹⁷ e contratransferenciais¹⁸ dos mediadores, os quais

14 Pulsão de morte é designado por Freud como uma categoria fundamental de pulsões que se contrapõem à pulsões de vida. Voltada inicialmente para o interior e tendendo à autodestruição, as pulsões de morte seriam secundariamente dirigidas para o exterior, manifestando-se então sob a forma da pulsão de agressão ou de destruição. A pulsão de morte está ligada à compulsão a repetição, ou seja, o sujeito se coloca ativamente em situações penosas, repetindo assim experiências antigas sem se recordar do protótipo e tendo, pelo contrário, a impressão muito viva de que se trata de algo plenamente motivado na atualidade.

15 Pulsão de vida – categoria de pulsões que Freud contrapõe, na sua última teoria às pulsões de morte. As pulsões de vida, também designadas pelo termo “Eros”, abrangem não apenas as pulsões sexuais propriamente ditas, mas ainda as pulsões de auto conservação.

16 ZIMERMAN, David. “O Processo Judicial pode estar sendo uma Forma de Manutenção do Vínculo do Casal?” In: **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**, Campinas: Millennium, 2002, p. 149.

17 A transferência designa-se em psicanálise como o progresso pelo qual os desejos inconscientes se atualizam sobre determinados objetos no quadro de um certo tipo de relação estabelecida com eles e, eminentemente, no quadro da relação analítica. Trata-se aqui de uma repetição de protótipos infantis vivida com um sentimento de atualidade acentuada que pode aparecer também no processo de mediação. Neste sentido, a transferência surge como forma de resistência e ao mesmo tempo assinala a proximidade do conflito psíquico e o mediador deve ser capaz de entender que os sentimentos que os mediandos podem estar colocando inconscientemente no mediador.

18 Contratransferência é tudo o que da personalidade do analista, pode intervir no tratamento, bem como é o conjunto das reações inconscientes do analista à pessoa do analisando e, mais particularmente, à transferência deste. As manifestações de contratransferência aparecem tanto no trabalho analítico ou como de mediação e por isso a importância do mediador tomar contato com as suas emoções inconscientes para evitar projetar nos mediandos. O controle da contrantransferência só é possível elucidar, geralmente, numa análise pessoal.

estão interligados ao princípio da imparcialidade, já tratado anteriormente.

Nas ações de família, os mediadores trabalham com crises existenciais e, em razão disso, devem ter a capacidade de absorver os impactos que situações inusitadas podem provocar, fato que na mediação é chamado de equidistância¹⁹. Quando uma pessoa expressa ao mediador um sentimento de ódio da problemática dolorosa e violenta, o mediador deve ser capaz de reconhecer que tais sentimentos não são seus, uma vez que lhe incumbe conduzir o processo, mas não as escolhas das partes.

A neutralidade absoluta não existe e o mediador, por mais que se esforce para agir de modo imparcial, possui valores pessoais que certamente influenciarão na sua atividade, ainda que de forma velada ou inconsciente. Caso o mediador não seja capaz de permanecer equidistante dos sentimentos dos mediandos, poderá deixar de ser um terceiro no procedimento de mediação, passando a fazer parte do próprio conflito. Neste sentido, é que os fenômenos transferenciais e contratransferências devem ser levados em conta na postura de imparcialidade e de equidistância do mediador.

Pode-se dizer que é muito difícil para o mediador ser imparcial sem um conhecimento de seus próprios conflitos psíquicos a nível inconsciente, que fazem parte de todo ser humano, tais como o desamparo psíquico primitivo e o desejo de completude, a ambivalências de amor e ódio, a onipotência e a impotência, a paixão, a tristeza, a raiva e a sexualidade e suas respectivas repressões.

Por sua vez, os mediandos, ao projetar no mediador certos sentimentos, acabam exigindo deste a capacidade de conhecer suas emoções, sem que absorva os impactos das projeções²⁰, devolvendo-as sob a forma de retaliações ou acusações.

Vale ressaltar que, para o mediador ter uma compreensão das vivências emocionais inconscientes concomitantemente ao seu trabalho é ideal, a meu ver, que ele próprio possa ter passado por um processo de terapia psicanalítica²¹, para lidar com os sentimentos transferenciais e contratransferenciais para, conseqüentemente, manter a equidistância da mediação em termos práticos e não só na teoria.

Como anteriormente já dito, representa uma inovação no CPC, ainda, o capítulo “Das Ações de Família” previsto no art. 693²² e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Este capítulo trata de conflitos de ações familiares em várias situações, dentre os quais a guarda, razão por que neste estudo, abordarei mais adiante por meio de um caso concreto a guarda compartilhada²³, que comumente vem sendo trabalhada no procedimento de mediação.

O legislador previu no art. 694 do CPC que *“Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de*

19 O mediador deve se colocar equidistante de seus valores subjetivos e criar um espaço seguro, de confiança, sem pré-julgamento, para possibilitar uma melhor alternativa à solução de conflitos das pessoas do processo, sem se envolver ou se misturar emocionalmente.

20 Projeção no sentido psicanalítico é uma operação pela qual o sujeito expulsa de si e localiza nas outras pessoas, sentimentos ou desejos que ele desconhece ou recusa nele. A título de ilustração, o sentimento de ódio de um mediando pode ser transformado, por projeção a nível inconsciente, da ideia de “eu o odeio” para “ele me odeia”.

21 O psicanalista, segundo a Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro - SPRJ (filiada à Internacional Psychoanalytic Association) Sociedades Psicanalíticas, tem como exigência *sine qua non* para a formação do psicanalista, a obrigatoriedade de realização de psicanálise pessoal antes e durante a formação teórica.

22 Art. 693 do NCPC “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”.

23 A Lei nº13.058 de 2014 estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Nessa modalidade de guarda, pai e mãe dividem a responsabilidade pelas deliberações, decisões e atribuições cotidianas concernentes à vida dos filhos e têm a oportunidade de acompanhar seu desenvolvimento e suas conquistas, ainda que os tempos de convivência não sejam idênticos e que a criança ou o adolescente tenha como referencial de moradia a casa de um de seus pais.

profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação.” Um destes esforços está presente notadamente no parágrafo único do referido dispositivo legal que preconiza “**que a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial...**”. O CPC estabeleceu a possibilidade de realização da mediação extrajudicial para a solução consensual da controvérsia possivelmente porque foram esgotadas todas a possibilidade de ser resolvido o conflito no judiciário.

Numa família as demandas objetivas estão mescladas por questões subjetivas que podem apresentar um desgaste emocional após um longo litígio mas que fora no tribunal numa mediação extrajudicial poderão ainda dialogar e até chegar a um acordo e distinguir a parentalidade da conjugalidade com vistas a saúde mental de todos os membros das família. Vale explicitar que, muitas vezes, o filho só consegue expressar o seu desejo através de sintomas por estar sendo escutado num ambiente onde predomina as relações de poderes em detrimentos das relações amorosas.

No entendimento do desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, em uma entrevista realizada por mim no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, expressa que o CPC ao preconizar a mediação extrajudicial no seu entendimento deve ser fora do Judiciário em outro local, em um ambiente diferente do ambiente do tribunal. Mesmo quando se pensa no CEJUSC, ainda que ele não fique vinculado ao órgão julgador, ele está no ambiente do Judiciário.

Observa-se que o legislador valorizou uma visão humanista, quando estabeleceu no Código de Processo Civil, que o processo judicial contencioso em Vara de família deve ser sempre a última alternativa, inclusive, porque a demanda pode gerar muitos desgastes emocionais. Diante disso, a meu ver, não se poderia prescindir de outros conhecimentos e, em especial, da psicanálise por aprofundar as relações afetivas e emocionais que fazem parte do patamar da existência humana.

Este contexto, pela minha experiência em dinâmica familiar à luz da psicanálise, observo que merece destaque, no que tange ao exercício da prática da mediação, a existência da mediação familiar que inclui os filhos - crianças e especialmente os adolescentes - no referido procedimento, oferecendo-lhes a oportunidade para que se encontrem com o mediador familiar. A mediadora de família Lisa Parkinson afirma:

“[...]O principal benefício em envolver as crianças diretamente na mediação é reabrir os canais de comunicação entre elas e ambos os pais para que todos eles possam falar uns com os outros com mais empatia e compreensão”²⁴.

Conforme se depreende deste entendimento e no meu sentir, os mediadores podem não somente ajudar os pais, por estarem sobrecarregados emocionalmente, a falarem sobre a separação com os filhos sem denigrir um ao outro, mas também, quando se trata da guarda, valorizar o desejo dos filhos quanto a permanecer mais com um ou outro genitor, fazendo com que estes também cooperem como protagonistas da mediação para estabelecer qual a residência que preferem -do pai ou da mãe-, bem como os períodos de convivência. As crianças precisam de garantias de que elas possam falar livremente, sem medo de atingir ou de não serem leais aos pais.

O conhecimento psicanalítico pode colaborar para a mediação extrajudicial ao ser realizada num ambiente mais acolhedor, onde as crianças poderão ser ouvidas em sua singularidade a expressão dos seus conflitos psíquicos possibilitando não ficar alienado ao desejo dos pais. As crianças e adolescentes também são sujeitos desejantes e responsáveis por suas escolhas nas relações com seus

24 PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 271.

genitores. Desta forma os filhos não precisam acompanhar o desejo dos genitores ou responsável e tampouco se submeter a determinadas normas instituídas pelo Juiz.

Envolver crianças e adolescentes na mediação pode ajuda-las a se sentirem mais confiantes, melhorando suas vidas, apesar da tristeza e raiva que muitas vezes possam estar sentido, devido à perda de segurança de viver com ambos os pais. Em alguns casos, os pais acabam usando os filhos para se comunicar com o outro cônjuge, o que pode ser bastante angustiante para a criança.

Assim, o procedimento da mediação, ao levar em consideração os filhos também como protagonistas, vem ao encontro da preocupação maior com a pessoa em desenvolvimento, ratificando a prioridade prevista na legislação específica do Estatuto da Criança e do Adolescente e no parágrafo único do art. 693 do CPC²⁵.

Ainda no que se refere à prática da mediação, importa frisar que esta é instrumentalizada por meio de técnicas²⁶ de comunicação e negociação utilizadas durante as etapas do procedimento, chamadas metaforicamente de “caixa de ferramentas”²⁷ e oriundas de diferentes áreas de conhecimento tal como a psicanálise. Uma importante ferramenta dentre as técnicas no processo de mediação é a comunicação, que consiste na realização de perguntas que podem levar à reflexão, mas sem a emissão de juízo de valor ou julgamentos, bem como realização de sugestões.

Por meio destas técnicas, verifica-se que cada conflito familiar deve ter uma intervenção personalizada, a ser estruturada a partir da singularidade de cada caso concreto, considerando-se principalmente o estado emocional das partes. Isto porque, pode haver conflito para certas pessoas e não para outras, havendo necessidade de se levar em consideração a forma como cada pessoa vivencia sua própria história de vida. Nesse contexto, a função do mediador em ações de família é estimular as partes a reconstruir laços emocionais, devendo possuir conhecimento de relações interpessoais, ter habilidade no manejo do conflito e negociação, assim como conhecimentos básicos de psicanálise da escuta do inconsciente e da importância das relações amorosas para a construção da afetividade com seus genitores.

Através da minha experiência como mediadora extrajudicial, o conhecimento psicanalítico pode contribuir para utilizar ferramentas mais adequadas e relevante ao escutar os filhos. Tais como realizar atividades lúdicas de contar contos de fadas bem como ter uma caixa de brinquedos pedagógicos (tais como tinta guache, papel, lápis de cor, massinha, bonecos de pano que representam a família dentre outros) para brincar conforme o desejo da criança. Deve-se evitar de realizar perguntas ao filho sobre qual genitor deseja residir porque estaremos contribuindo para acirrar um conflito psíquico do filho podendo gerar culpa, sentimento de abandono e ambivalência em relação seus desejos edípicos. Importante também realizar reuniões privadas do filho em conjunto com cada genitor em separado para termos uma escuta ativa como é o relacionamento deles com os seus genitores.

Outra técnica utilizada pelo mediador, notadamente após a anuência dos litigantes em participar do procedimento de mediação, é a análise da posição das partes, isto é, a verificação do argumento jurídico apresentado pelos mediandos logo de início, e que por isso se dá já na primeira sessão da mediação, onde lhe são informadas as regras de confidencialidade do procedimento, esclarecendo no que consiste a mediação, qual a função, direitos e deveres de cada mediando, qual a eficácia do acordo e se haverá sessão privada e em conjunto. Após a apresentação dos mediandos e de seus conflitos e

25 Parágrafo único do art.693 do NCPC. “A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo”.

26 Art.166, § 3º do NCPC: “Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”.

27 ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas: Aportes Teóricos e Práticas**. São Paulo: Editora Dash, 2014.

quais são seus interesses, o mediador, evitando ler as peças processuais para não se contaminar com argumentos jurídicos e parâmetros legais, passa à análise das necessidades e interesses das partes.

Tal situação pode ser ilustrada nos casos de pais que chegam na primeira reunião de mediação e dizem: *“Eu tenho direito de ter a guarda compartilhada dos meus filhos”*, ou seja, os pais estão presos em um discurso jurídico. Neste caso, o mediador deve aceitar a posição das partes se mostrando empático, mas pedir para os referidos genitores falarem qual é a necessidade deles de terem a guarda. Uma das partes pode dizer *“Tenho necessidade ter mais convivência com os meus filhos”* e o outro genitor, na hipótese o pai, pode falar *“Eu acho que ela não pode permanecer igualmente com meus filhos porque ela é homossexual”*, e dessa forma vão se esclarecendo os conflitos existentes entre eles.

Neste sentido, o mediador possibilita que os referidos genitores não permaneçam em um discurso jurídico, porque somente falando de suas necessidades, ou seja, das emoções que aparecem com força é que se possibilitarão as mudanças. Cabe aos mediandos, por meio de suas próprias considerações e sentimentos, compartilhar com o mediador e com a outra parte sua percepção acerca do contexto fático vivenciado, e ao mediador, construir alternativas que possam atender a todos.

Concede-se tempo para as partes exponham seus pontos de vista sem que sejam interrompidos, oportunizado lhes igualmente a possibilidade de expressão e escuta. Este momento é oportuno para saber o estado emocional em que se encontram as partes envolvidas e perceber a disparidade entre os fatos e as percepções expostas pelos participantes quanto ao conflito.

Aqui observa-se a possibilidade do emprego de outra ferramenta, que consiste em o mediador legitimar o sentimento dos mediandos, dizendo por exemplo *“Eu compreendo que você está com muita raiva e ódio de não conviver com os seus filhos”*, criando dessa forma uma relação empática, ou seja, a capacidade de se colocar no lugar do outro.

Durante a mediação familiar, pode ser utilizada outra ferramenta consistente na realização de sessões privadas, útil quando uma das partes tem dificuldades de expressar seus sentimentos, tais como raiva ou ciúmes na frente da outra, ou quando os conflitos estão muito acirrados. Neste caso, poderão ser realizadas reuniões em separado com os mediandos, sempre se respeitando o princípio da confidencialidade que é um pilar fundamental desta técnica. Se forem realizadas sessões privadas com uma das partes, deve-se fazer com a outra também, para que esta não se sinta preterida em relação à outra. Depois disso, a mediação continua com sessões conjuntas, todavia, preservando-se o que cada parte pediu para que fosse mantido em sigilo na sessão privada.

Uma outra técnica comum é possibilitar que as partes escutem não só o mediador, mas que se escutem. Geralmente os mediandos, no auge do conflito, tentam colocar a culpa um no outro e, neste sentido, costuma-se perguntar como a pessoa pensa sobre o que falou do outro, possibilitando-se, assim, uma maior escuta.

Vale frisar, ainda, outro exemplo de ferramenta a ser utilizada pelo mediador, consistente em instigar as partes à apresentação de opções para a composição do conflito, permitindo que exponham todas as ideias que lhes vêm à mente de maneira despretensiosa.

Ressalta-se, também, a importância da técnica da negociação, que deve ser utilizada após o abrandamento dos pontos críticos do conflito e a restauração do diálogo, permitindo a construção de soluções de benefícios mútuos. Ao fim da negociação pode ser, enfim, obtido ou não o acordo.

Caso haja um acordo quanto à guarda compartilhada, os pais não podem sair da mediação sem saber como será a pragmatização da mesma, devendo restar claramente estabelecido pelos genitores em qual residência os filhos permanecerão e a forma dos períodos de convivência do outro genitor, não podendo o mediador fazer sugestões neste ou em qualquer outro momento. Neste sentido,

muitas vezes é marcada a próxima reunião depois do encontro dos filhos com o genitor que não reside com o mesmo ou tem pouca convivência. O mediador pode oportunizar que os genitores falem de suas experiências e caso tenha surgido conflitos que os mesmos possam ser ventilados na reunião de mediação após o encontro, tendo como objetivo ampliar o diálogo entre os genitores sobre a sua convivência com o seu filho nesta nova configuração familiar.

Vale ressaltar que o acordo não precisa ser homologado na mediação extrajudicial a não ser que envolva criança ou adolescente, conforme o art. 698 do NCPC²⁸, hipótese em que deverá passar pelo parecer do Ministério Público, com vistas à homologação pelo Juiz.

A título de ilustração, serão mencionados fragmentos de um caso concreto²⁹ no qual atuei como mediadora extrajudicial em uma Ação de Família. No transcurso do litígio as partes, a pedido das próprias, foram encaminhadas para a mediação incidental, fato que ensejou a suspensão do processo, conforme previsto no CPC.

O caso concreto trata-se de um conflito interpessoal de um casal pela guarda compartilhada de três filhos. Na primeira reunião me apresentei às partes como mediadora e estas se apresentaram. No momento seguinte, expliquei que a mediação era confidencial e que só seria comunicado ao juiz um eventual estabelecimento de acordo. Na hipótese, ambas estavam acompanhadas de advogados, valendo ressaltar que estes na mediação, à luz do CPC, devem atuar apenas como assessores jurídicos³⁰ das partes e não como seus representantes.

Depois de iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes foram marcadas com o consentimento delas. Como mediadora, de forma imparcial, pude ouvi-las e possibilitar que cada um dos mediandos escutassem um ao outro. Foram realizadas sessões privadas e conjuntas com o pai e a mãe, objetivando uma melhor compreensão da dinâmica psíquica das pessoas envolvidas, sendo preservado aquilo que a pedido das partes foi falado nas reuniões individuais. Nesse diapasão, com a anuência dos pais, foram realizadas também sessões com os filhos do casal.

No início da mediação, as partes falavam com forte emoção de suas necessidades e desejos. Como um terceiro imparcial na relação, realizei perguntas para saber qual o interesse de cada uma em permanecer com os filhos, o que facilitou a construção de um diálogo por elas próprias.

Durante as reuniões em conjunto, o genitor expressou que desejava a guarda dos seus filhos, em razão da traição sofrida e pelo fato de sua ex-esposa ter assumido uma união estável com outra mulher. Ele falou que não aceitava relações homossexuais e disse que era a pessoa mais adequada para permanecer com os seus filhos, além do fato de que a mãe seria a única culpada da separação. Neste momento, o pai utilizou o mecanismo de projeção, ao dizer que sua ex-esposa o odeia, enquanto ele era quem a odiava. Continuou falando que as crianças poderiam visitar a mãe, contudo, sem que houvesse muita convivência e, tampouco, pernoitassem com esta.

Neste momento, a nível contratransferencial, achei o pai preconceituoso por este ter dito que a homossexualidade era sinônimo de promiscuidade. No entanto, na minha análise pessoal, pude elucidar o meu sentimento como mediadora e entender as dificuldades do pai em termos afetivos sem julgá-lo, realizando algumas perguntas reflexivas, tais como *“O que propõe para seus filhos conviverem com a mãe, já que estes expressaram o desejo de estar com ela durante as sessões*

28 Art. 698 do NCPC: “Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo”.

29 No caso concreto, não serão identificados nomes ou quaisquer outras informações das partes, em razão do princípio da confidencialidade.

30 A função de assessor jurídico, no caso, consiste em incentivar as partes a participarem da mediação, dirimindo eventuais dúvidas jurídicas destas, sem retirar-lhes o papel de protagonistas do procedimento.

privadas?” e “Como você está se sentindo com a separação e quanto à sua relação com seus filhos?”.

Durante as reuniões na mediação, o pai dizia ter melhores condições emocionais e materiais de permanecer com a guarda de seus três filhos por ser heterossexual, por atender mais as necessidades deles, por morar perto da escola e por residir em bairro nobre da cidade. Disse também que a mãe dos seus filhos tinha vida promiscua. Como mediadora, procurei não focar o seu discurso pejorativo sobre a ex-exposa para não acentuar o conflito entre os genitores.

O pai falou, ainda, que não aceitava a guarda alternada ou compartilhada. Neste momento, o seu advogado que atuava como seu assessor jurídico explicou a diferença na esfera do Direito entre guarda alternada e compartilhada e que esta última era o objeto de discussão. Como mediadora, mesmo possuindo conhecimento jurídico sobre o instituto da guarda compartilhada, não podia assumir duas funções ao mesmo tempo.

O genitor disse que na infância a sua mãe abandonou-o quando era pequeno para casar-se com outro homem e falou também que vivia em função dos filhos. Disse que não estava se envolvendo com nenhuma mulher e que não queria reconstruir sua vida amorosa com ninguém, mas apenas trabalhar e cuidar dos mesmos.

Através do meu conhecimento e da minha prática clínica em Psicanálise, pude ter uma escuta do discurso mais latente, percebendo que o genitor, ao ser abandonado pela sua ex-esposa, estava revivendo atualmente o desamparo psíquico sofrido primitivamente, identificando a sua ex-companheira com sua própria mãe. Como eu estava atuando como mediadora e não como psicanalista, não foi interpretada a forma que o genitor vivenciou a sua relação com a figura materna, porém facilitei que ele entendesse melhor o que estava por trás da sua dificuldade em estabelecer um diálogo com a outra medianda.

Os filhos, a meu ver, possivelmente estavam ocupando, a nível mais inconsciente, também o lugar de cônjuge, uma vez que o pai deslocava toda sua libido para estes. O genitor demonstrava mais dificuldade de aceitar esta condição de incompletude e estava sempre buscando nos seus filhos aquilo que faltava nele próprio.

Durante a mediação, o pai em certos momentos falou aos gritos comigo, como se eu, mesmo na qualidade de mediadora, estivesse contra ele. Possivelmente ele transferiu para mim uma raiva que sentia da ex-mulher e de sua mãe que estava internalizada dentro dele. Como mediadora, respeitando o princípio da imparcialidade, não devolvi de forma retaliativa a raiva do pai para mim, podendo desta forma conter o seu ódio. Vale ressaltar que não sugeri uma terapia ao genitor, uma vez que este não considerava importante fazer análise pessoal bem como o mediador não deve fazer sugestão as partes.

Ainda como mediadora, pude entender que a angústia da separação era do pai e não minha e desta forma pude ajuda-lo a manter um diálogo com a sua ex-esposa sobre os conflitos atuais quanto à guarda dos filhos. Neste contexto, pude legitimar o seu sentimento dizendo-lhe *“Eu entendo a angústia que está sentindo por ter se separado”.*

A partir do discurso do genitor, expus a este que haviam questões subjetivas que o estavam impedindo de conseguir lidar com os conflitos existentes, pois ele não estava tendo sua própria vida e tratava os filhos como se fossem o seu complemento, não demonstrando sequer o desejo de reconstruir sua vida amorosa com outra mulher.

A genitora, por outro lado, falava que não tinha nada contra o pai de seus filhos, mas que não vivia bem com o ex-marido e que, após a separação, resolveu assumir uma relação amorosa com outra mulher. A mãe falou que, de acordo com valores morais do genitor, não seria a pessoa mais

adequada por ser homossexual e ter abandonado o lar, mas que era muito afetiva e se preocupada com os desejos dos filhos. Disse que não praticava nenhum ato sexual na frente das crianças e que não mantinha uma vida promíscua.

Durante a mediação, permaneci atenta não somente ao discurso verbal, mas também a linguagem não-verbal, como as expressões faciais, qualidade do olhar, os gestos, tom de voz, dentre outros, pois tudo o que acontece durante a mediação é importante para entender melhor o emocional das partes e dos filhos.

Cumpru ressaltar que, por defender a presença dos filhos na mediação familiar, conforme a mediadora Lisa Parkinson já citada, realizei entrevistas em conjunto e privadas com os mesmos. Durante o processo de mediação, achei importante escutar os filhos não só a partir do discurso dos pais, mas também com a presença deles nas reuniões.

Os filhos participaram de sessões de mediação privadas e conjuntas, tendo manifestado o desejo de permanecerem sob a guarda da mãe. Dois filhos expressaram mais o desejo de morar com a mãe porque ela era mais afetiva e lhes dava mais liberdade. Quanto ao pai, disseram que este se preocupava mais com as necessidades objetivas deles, sendo inclusive rígido quanto aos horários para comer, dormir, ir para escola e ter passeios. Segundo o discurso dos filhos, a mãe deles era mais livre e não controladora, demonstrando mais afetividade e que, além disso, não se importavam de morar no subúrbio.

A mãe disse ter condições de permanecer com os seus filhos, que sentia muito afeto e que gostaria de acompanhar o desenvolvimento deles. Demonstrou-se essa afetividade na presença com os filhos pelo fato de abraçá-los e ter conseguido manter um diálogo com os mesmos, enquanto as crianças correspondiam ao receber carinho. A genitora disse, ainda, que durante os finais de semana que passava junto com os filhos, a sua companheira atual não dormia na sua residência para evitar que o genitor criasse maiores obstáculos na convivência menores. Esta mãe em nenhum momento falou em querer dinheiro ou pensão do seu ex-marido.

Durante a mediação a genitora demonstrou mais facilidade a uma negociação para a solução dos conflitos existentes, pois se esforçava para dialogar com o pai das crianças. Contudo não queria abrir mão de seus filhos, porque gostava muito deles.

Foi observado por mim como mediadora e a partir do conhecimento psicanalítico, que só pelo fato de o pai ser pós-graduado na sua profissão e ter melhor poder aquisitivo não necessariamente estaria em melhores condições emocionais, uma vez que a genitora conseguiu reconstruir sua vida afetiva com outra pessoa, sendo que o pai permanecia só em função dos filhos.

No decorrer da mediação, o pai demonstrou uma melhor aceitação da opção sexual atual da mãe, respeitando o desejo de seus filhos de permanecerem com a mesma. A comunicação, paulatinamente foi se transformando de forma produtiva para que um genitor pudesse escutar o ponto de vista do outro e, assim, reconhecessem a possibilidade da coexistência de percepções diversas sobre a guarda compartilhada.

Depois ouvir o relato das partes e presenciar suas emoções nas diversas sessões que ocorreram, fiz uma devolução a elas de tudo que havia percebido no diálogo apresentado, no sentido de perceberem no mediador um terceiro que busca a cooperação das partes, fato que possibilitou aos mediados que modificassem o conflito destrutivo em construtivo. Em outras palavras, as relações interpessoais entre as pessoas envolvidas nesse procedimento foram preservadas, evitando-se o esfacelamento dos vínculos, porque os conflitos destrutivos transformaram-se em construtivos.

No final da mediação as partes chegaram a um acordo sobre a guarda compartilhada. Diante

disso, como mediadora, procurei ajudá-los a perceber como se estabeleceria na prática esta guarda. No caso em questão, a residência fixa permaneceu na casa da mãe, tendo sido estabelecido os dias três dias por semana de convivência dos filhos com o pai, além de finais de semana quinzenais. Os pais, através do diálogo e comunicação proporcionado na mediação, puderam chegar a um acordo por eles mesmos, tendo o ajuste firmado sido, enfim, escrito por esta mediadora.

Conforme se viu, a utilização da mediação familiar, neste caso concreto, pôde permitir o restabelecimento da comunicação entre os ex-cônjuges que já não se falavam há um ano, o que favoreceu a conscientização dos seus direitos e deveres, efetivando, dessa forma, duas garantias constitucionais: aos filhos, a convivência familiar de maneira saudável e, aos pais, a igualdade no exercício de suas responsabilidades.

O conhecimento psicanalítico, com a ajuda das ferramentas da mediação, pôde contribuir para facilitar a realização do referido procedimento entre as partes, proporcionando um fortalecimento e a modificação dos conflitos existentes que estavam em crise. Em outras palavras, esta família se sentiu escutada, ao confiar no mediador e na sua equidistância, foi capaz de conter tantos os seus sentimentos hostis como os amorosos. Esta referida família pôde lidar melhor com os seus conflitos e reassegurar que, embora o vínculo conjugal acabe, a relação parental não termina.

Caso não houvesse sido firmado um acordo entre as partes, seria informado que elas retornariam ao processo litigioso, que foi suspenso para a realização da mediação extrajudicial, e que a solução não construída por eles seria substituída por uma decisão imposta pelo Juiz. No entanto, teve um acordo que foi homologado como título executivo judicial e foi encerrado através da mediação.

No caso apresentado, verificou-se que um processo de guarda compartilhada, que seria litigioso e poderia levar anos no Judiciário, terminou em pouco mais de dois meses. Observou-se, por fim, que a mediação pôde proporcionar uma visão mais humanista a esta família tendo, na situação concreta, atingido o seu objetivo principal de restabelecer o diálogo entre os pais, proporcionando uma modificação de conflitos bem como, subsidiariamente, o estabelecimento de um acordo na convivência com os filhos.

Considerações Finais

Com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.03.2015) e a nova Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26.06.2015), consagrou-se definitivamente a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive – e principalmente – dentro da própria estrutura judiciária. A mediação, não é a solução de tudo, mas é um método adequado que pode possibilitar a transformação do conflito que começa a ser trilhado no país, podendo oferecer benefícios para o alcance do tão almejado acesso à Justiça com uma visão mais humanista.

As Ações de Família são essencialmente permeadas pela afetividade humana e, nesse contexto, o método da mediação pode possibilitar a cooperação das partes em uma relação de conflito interpessoal, mediante a escuta das entrelinhas do discurso das pessoas envolvidas. Essa escuta pode levar o sujeito a refletir sobre suas queixas e a se responsabilizar por elas, deixando de remeter ao outro aquilo que é seu e que está a nível mais inconsciente, possibilitando muitas vezes uma reestruturação no relacionamento dos pais entre si e com seus filhos.

Conclui-se, portanto, que a **mediação extrajudicial**, à luz do Novo Código do Processo Civil

nas Ações de Família, podem proporcionar que as pessoas envolvidas, através da mediação com ênfase no diálogo, sintam uma satisfação bem mais eficaz na modificação do conflito interpessoal, propiciando-se, além de um sentimento de ganho mútuo, a predominância das relações afetivas amorosas que são tão importantes para a Dignidade da Pessoa Humana.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**, 2. ed. Rio de Janeiro Forense, 2016.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

_____. **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes/coordenadoras** Tânia Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan, Salvador, ed, Juspodvm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe Cury (org). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**. São Paulo, Editora Foco, 2018.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A Angústia Das Crianças Diante Dos Desenlaces Parentais**, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLDENBERG, Gita. **Direito e Psicanálise: Uma Visão Interdisciplinar com Ênfase em Casos Judiciais Complexos**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2014.

_____. “Mediação e a Contribuição do Conhecimento Psicanalítico nas Ações de Família à luz do Novo Código de Processo Civil.” *In: O novo Processo Civil Brasileiro*. 1. ed., Rio de Janeiro: editora GZ, 2018, p. 405-423.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário de Psicanálise**, São Paulo, Martins Fontes, 1992.

MARODIN. Marodin. A Prática da Moderna Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. *In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*, Campinas: Millennium, 2002, p. 471-488.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p. 271.

ZIMERMAN, David. “O Processo Judicial pode estar sendo uma Forma de Manutenção do Vínculo do Casal?” *In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*, Campinas: Millennium, 2002, p.149.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O papel da mediação e da psicanálise para o direito de**

família. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9270>. Acesso em: 02 set. 2016.

WINNICOTT, Donald Woods. **A Família e o Desenvolvimento Individual.** São Paulo; Martins Fontes, 1993.



MEDIAÇÃO ON-LINE: AS PLATAFORMAS COMO EFICIENTE MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Jean Carlos de Albuquerque Gomes

1. Introdução

Diante da litigiosidade demasiada, o Poder Judiciário vive, há muito, uma verdadeira crise, seja pela morosidade intrínseca ao sistema, seja pela cultura demandista e pelo paternalismo estatal altamente difundidos em nosso país.

É nesse cenário que emergem as *Alternative Dispute Resolution* (ADR) – conciliação, mediação e arbitragem – como formas de solução de conflitos mais rápidas, adequadas e satisfatórias, trazendo efetiva contribuição para o sistema judiciário, e, mais adiante, as *Online Dispute Resolution* (ODR) que, também, enquadram-se como meios alternativos de resolução das controvérsias, com a utilização de plataformas extrajudiciais e da rede mundial de computadores.

O presente artigo tem por objetivo analisar se as formas alternativas de resolução de controvérsias, em especial a mediação, ampliam ou restringem o acesso à Justiça, especialmente considerando que tal princípio constitucional vem sendo entendido não mais como acesso aos órgãos jurisdicionais, e sim como acesso à ordem jurídica justa¹.

¹ “Essa *vontade política* de implementar uma renovada concepção de acesso à Justiça parece hoje irreversível, como se infere de alguns dos *consideranda* constantes da Res. 125 do CNJ, de 29.11.2010 (*DJe* 01.12.2010; republicada no *DJe* 01.03.2011), que lança as bases da *Política Judiciária Nacional*: “que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ 70, de 18 de março de 2019”; “que o direito de acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da CF/88, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**, Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 28.

2. A releitura do conceito de acesso à justiça

Considerando o ajuizamento excessivo de ações e o alto congestionamento das Cortes por todo o mundo, questões ligadas ao acesso à Justiça ganharam destaque no cenário jurídico nacional e internacional, cujo conceito precisou passar por uma releitura, deixando de ser entendido como mero acesso aos órgãos judiciários, com solução exclusivamente adjudicada, para ser entendido como o acesso à ordem jurídica justa, entendida como àquela na qual “os cidadãos têm o direito de ser ouvido e atendido não somente em situação de controvérsias, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania”². Pode-se afirmar, portanto, que através da releitura de tal garantia fundamental, passou-se a considerar como direito básico e inafastável que todos os cidadãos têm direito à utilização de mecanismos que assegurem uma ordem jurídica justa e eficiente.

E tal releitura é de suma importância na medida em que, segundo os dados do anuário do Justiça em Números do ano de 2019³, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação. Apesar de tal número ter reduzido em relação ao ano anterior, tal quantitativo ainda é alarmante, quicá vergonhoso, na medida em que deixa claro que nossa sociedade ainda não é madura o suficiente para resolver seus problemas sem a interferência estatal. Nas palavras do Professor Carlos Alberto Salles⁴:

(...) a ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor.

Dado o caráter litigioso que acomete o Brasil, não há dúvidas que está difundida na sociedade uma cultura demandista, inadequada aos escopos do Estado Democrático de Direito, que visa apenas a sentença, na medida em que cidadãos e operadores do Direito acreditam que os litígios devem ser resolvidos somente através da via jurisdicional⁵. Segundo Kazuo Watanabe⁶:

(...) o grande desafio nosso está em vencer a “cultura da sentença”, ou a “cultura do litígio”, e a mentalidade hoje predominante entre os profissionais do direito e também entre os próprios destinatários dos serviços de solução consensual de litígios, que é a da excessiva dependência ao paternalismo estatal.

São exemplos que demonstram uma litigiosidade em demasia que causam o abarrotamento dos tribunais e produzem um aumento exponencial da duração dos processos perante as cortes o excesso

2 WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos”. In: RODAS, João Grandino, et. al. (Coords.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. Curitiba: Editora Prismas, p. 99-104, 2018.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019** (ano-base 2018). Brasília, DR: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

4 SALLES, Carlos Alberto. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”. In: FUZ, Luiz et al. (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira**. São Paulo: 2006. p.786.

5 “Em países como o Brasil, a via judiciária reina na preferência dos indivíduos para resolver seus impasses. (...) Sem outras opções legítimas para solucionar seus problemas, a decisão imposta pelo juiz seria a única via disponível. Destarte, o jurisdicionado se acostumou a congestionar os tribunais para busca-la, pois as supostas virtudes institucionais são indiscutíveis”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Rio de Janeiro. Ed. CRV, 2018, p. 252.

6 WATANABE, Kazuo. Kazuo. “Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos”. In: RODAS, João Grandino, et. al. (Coords.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. Curitiba: Editora Prismas, 2018, p. 103-104.

de demandas repetitivas, a desnecessária judicialização de questões com baixíssimo impacto social ou econômico e interposição de recursos com intuito protelatório ou com insignificantes chances de êxito.

Verifica-se, portanto, que é imprescindível mudar paradigmas para “evitar que o Poder Judiciário se transforme, pela lentidão e inefetividade, no refúgio dos que não têm razão.”⁷

E é exatamente visando superar a “cultura do litígio” que, há algum tempo, busca-se uma reanálise do conceito de acesso à justiça, com a utilização de meios alternativos de resolução de litígios, questões trazidas ao conhecimento da comunidade jurídica através do estudo aprofundado dos Profs. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, já em 1978, das chamadas ondas renovatórias do processo. Dentre as três ondas mencionadas, havia uma que atestava a necessidade de procedimentos mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias (terceira onda⁸).

E, diante do cenário “de tragédia”⁹ que se encontra o Poder Judiciário Brasileiro, restou assente entre a sociedade civil, lideranças públicas e os operadores do Direito, da necessidade de implementação de mudanças na tentativa de minimizar os danos causados pelo alto congestionamento, trazendo maior eficiência dentro de um prazo razoável. E é exatamente aqui que são fortalecidos os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias que visam não só uma mudança de cultura, mas uma mudança no modo de pensar os conflitos e na forma de resolvê-los.

3. A facilitação da Internet no processo de democratização e ampliação do acesso

Segundo dados da última pesquisa do IBGE¹⁰, em 2017, 74,9% das residências brasileiras já utilizam a Internet, ou seja, milhões de domicílios estavam conectados. Esse número representa um crescimento significativo em relação aos 69,3% registrados em 2016, especialmente considerando que até 2013, menos da metade tinha algum tipo de acesso à Internet no país. A pesquisa também revelou que as pessoas estão acessando cada vez mais a rede mundial de computadores pelo próprio celular, isso porque 93,2% dos lares já contavam com pelo menos uma pessoa com um celular. O número é apenas um pouco maior do que os 92,6% que já contavam com pelo menos um aparelho em 2016¹¹.

E esses dados refletem, também, na forma como a tecnologia tem ajudado a ampliar o acesso às plataformas extrajudiciais e ao processo. Sem qualquer dúvida, a comunicação por meio da Internet foi – e está sendo – fundamental para a democratização da justiça, fortalecendo o acesso, a transparência e a publicidade. Como marco inicial desse exponencial alcance, estabeleceu-se o

7 BARROSO, Luís Roberto. Resenha na contracapa do livro **Análise Econômica do Processo Civil: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da Justiça**, de autoria de Erik Navarro Wolkart, 2019.

8 “(...) a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda onda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o (...) enfoque de acesso à justiça”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002, p. 31.

9 WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da Justiça**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85.

10 BRASIL. **PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

11 No Brasil a utilização da Internet aumenta ano a ano. As horas diárias na rede, por usuário, ultrapassaram as ocupadas pela televisão (4:59 horas/dia contra 4:31 horas/dia, respectivamente), segundo a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (janeiro/2017) – cf. <https://www.huffpostbrasil.com/2014/12/19/ibge-brasileiro-passa-mais-tempo-na-web-do-que-vendo-tv_a_21669659/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

processo eletrônico, no qual qualquer pessoa, em qualquer lugar, pode ter acesso aos autos, sem custos com deslocamento, poupando tempo e energia para outras atividades.

E o legislador de 2015 trouxe diversas novidades “tecnológicas” no Código de Processo Civil estabelecendo, em vários dispositivos, a possibilidade de utilização da Internet, seja para fins de divulgação de informações (arts. 12, § 1º; 197, caput; 755, § 3º), de algumas espécies de decisões (art. 927, § 5º) e, até mesmo, para a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, § 3º), especificamente para: colheita de depoimento pessoal (art. 385, § 3º); oitiva de testemunha (art. 453, § 1º, do CPC); acareação (art. 461, § 2º) e sustentação oral (art. 937, § 4º). Este último vem sendo utilizado por todos os operadores do Direito e pelos Tribunais, em larga escala, em razão da Pandemia do COVID-19¹², demonstrando o quão importante são tais mecanismos para que as partes tenham efetivo e adequado acesso à justiça.

Além disso, alguns magistrados, *de lege ferenda*, têm utilizado aplicativos e redes sociais para dar ciência de determinados atos e decisões judiciais. Sem adentrar na questão legal envolvida, fato é que a Internet está mudando a forma de como se enxerga não só a prestação jurisdicional, mas também demonstrando o quanto podem ser facilitadas as resoluções de conflitos através das plataformas extrajudiciais.

Através da utilização da inteligência artificial, diversas atividades processuais têm sido simplificadas para facilitar o acesso à justiça, trazer maior eficiência, em menor tempo¹³. E, nesse contexto, incluem-se as plataformas *on-line* com seus sistemas de Resolução *Online* de Controvérsias, nas quais as partes podem, de forma absolutamente facilitada e com custo próximo de zero, formular seus requerimento e demandas e obter solução rápida, resolvendo a questão sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

4. Alternative Dispute Resolution (ADR¹⁴) e mediação *on-line*

A existência de conflitos é algo intrínseco àqueles que vivem em sociedade que, geralmente – e em razão de uma cultura ainda bastante presente –, buscam uma solução adjudicada pelo Estado-Juiz. Não por outra razão, o Poder Judiciário está abarrotado e não consegue resolver, em tempo razoável, tais conflitos. Por isso, diversos países procuram implementar medidas que visam conter a demanda,

12 O CNJ recomendou a adoção de meios eletrônicos e de videoconferência para a realização de mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos em fases processual e pré-processual. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/questoes-relacionadas-a-covid-19-podem-ser-solucionadas-por-mediacao-online/>. Acesso em 03 jul. 2020.

13 Recentemente o Supremo Tribunal Federal noticiou que está investindo em novas tecnologias para garantir mais agilidade à prestação jurisdicional, gerando maior eficiência, economia e racionalidade à atuação do Tribunal que julgou, através do plenário virtual, mais de 3 mil processos nas 41 sessões realizadas desde setembro do ano passado. STF. Publicado em: 12.09.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423423>>. Acesso em: 03 jun. 2020. E a implementação de novas tecnologias já é perceptível nos resultados, vez que o STF noticiou que seu acervo chegou a 31,2 mil processos, o menor desde a promulgação da CF/88. STF. Publicado em: 17 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/RelatorioSTF2019LIVROCOMPLETO18x25cmEdio2020BAIXARESOLUaO.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

14 ADR é a sigla que, em inglês, corresponde a Alternative Dispute Resolution. No Brasil, alguns poucos autores utilizam a sigra MASCs que são Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Para Menkel-Meadow (1997), o termo mais apropriado seria *Adequate Dispute Resolution*, ou seja, meios adequados de resolução de disputas, uma vez que “*one role of legal system is to provide a variety of choices about how best to handle particular issues, problems, disputes, conflicts, and transactions – now called a menu, a multi-door corthouse*” MENKEL-MEADOW, Carrie J. “Do the haves come out ahead in alternative judicial systems?” Repeat players in ADR. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 15, 1999, p. 19-61.

exatamente para tentar manter a estrutura judiciária funcionando razoavelmente, sob pena de ocorrer o mesmo que se deu na *tragédia dos comuns*¹⁵.

Dentre tais medidas, há àquela que visa identificar questões às quais, ao invés de serem resolvidas pela justiça ordinária, devem ser direcionadas para mecanismos de resolução alternativa de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

Sabe-se que “os meios adequados de solução de controvérsias apresentam-se, desde a segunda metade do século XX, como a melhor saída para os problemas de lentidão e inefetividade da justiça estatal”¹⁶. Sobre o tema, Mauro Cappelletti, já defendia que os meios alternativos se inseririam como resposta ao obstáculo processual do acesso à justiça, enquadrando-se nos casos em que o processo litigioso tradicional poderia não ser a forma mais indicada para a vindicação efetiva de direitos¹⁷.

Nas lições do Professor Leonardo Greco¹⁸:

“No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.”

Foi o crescente quantitativo de demandas nas últimas décadas, seja no Brasil ou no âmbito internacional, associado à dificuldade de acesso à justiça pelos mais carentes, ao tecnicismo e formalismo no ambiente judiciário e a falta de eficiência, que fizeram com que os legisladores passassem a se interessar mais por alternativas ao modelo judicial tradicional¹⁹, na medida em que, apesar de todos os investimentos financeiros realizados, com ampla expansão da estrutura do Poder Judiciário, os sistemas não mais comportavam o ajuizamento daquela quantidade de demandas.

A União Europeia, através da Diretiva 52/2008, determinou que cada Estado membro deveria introduzir e criar leis que contemplassem os mecanismos de solução alternativa de conflitos, entre os quais a mediação, vez que é procedimento menos complexo e custoso e mais eficaz para resolver a diferença entre sistemas legais e de idiomas entre os países membros, desfazendo obstáculos processuais.

Diante de tal quadro, associado à necessidade de superação da cultura da sentença e

15 A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamado *Town Common*. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma *concorrência no consumo*. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e *Town Common* acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para todas as ovelhas. HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. *Science*, new series, v. 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, 13 dez. 1968. Tradução extraída do Livro *Análise Econômica do Processo Civil: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*, de autoria de Erik Navarro Wolkart, p. 85-86, 2019.

16 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Rio de Janeiro. Ed. CRV, 2018, p. 249.

17 CAPPELLETI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro Universal de Acesso à Justiça. s/ indicação de tradutor”. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 74, p. 87, 1994.

18 GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo**: o processo justo. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-28

19 Na Europa, em 2003, a Universidade de Florença promoveu um seminário internacional sobre meios alternativos de resolução de conflitos. Dos relatórios nacionais então apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma “crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade essa decida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta, e talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides.” VARANO, Vincenzo. **L’Altra Giustizia**. Milano: Giufrè, 2007, p. XI-XII.

de ascensão dos métodos autocompositivos de solução de conflitos²⁰, o legislador brasileiro previu a importância do incentivo à criação pelo Estado desses mecanismos em relação às controvérsias de consumo e estabeleceu no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor²¹ o princípio da Política Nacional das Relações de Consumo e, posteriormente, instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania²².

Além disso, em 2010, implementou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução 125, estabeleceu a mediação como norma fundamental do processo no art. 3º do CPC/2015, bem como promulgou lei própria regulando a mediação no sistema pátrio (Lei nº. 13.140/2015).

O legislador adota o sistema da Justiça Multiportas para que as demandas sejam submetidas ao sistema adequado de conflitos e as partes cheguem a uma solução consensual do conflito, em uma decisão acordada, utilizando-se da decisão imposta como última *ratio*.

Nessa toada, foi criado pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça do Brasil (Senacon), o sistema de solução consensual de conflitos denominado Consumidor.gov²³, plataforma *on-line* que permite o contato direto entre consumidor e fornecedor para uma negociação inicial e tentativa de solução consensual de conflitos de consumo.

Felipe Barreto Marçal²⁴, em dissertação de mestrado apresentada em 2018, destacou que

“os Estados visam desburocratizar o acesso à justiça, facilitando e trazendo maior eficiência aos cidadãos, já que a utilização da “internet e da tecnologia pelos Governos ao redor do mundo tem crescido tanto, que já há algum tempo se fala em “E-government” (“Governo Eletrônico”),²⁵ sendo, inclusive, objeto de estudos anuais e de incentivos pela ONU,²⁶ a fim de deixar as instituições mais inclusivas, eficazes, controláveis e transparentes. Segue afirmando que também existe um “desdobramento” chamado “E-participation”, que foca no uso de serviços *online* para facilitar o fluxo de informações dos governos para os cidadãos

20 Segundo Elisabetta Silvestri, “a difusão dos métodos alternativos do tipo conciliatório representa uma evidente rejeição da ‘cultura da decisão’ em proveito daquela que se poderia definir como uma ‘cultura do compromisso’. A tendência em direção à *deregulation* atinge também a administração da justiça: ao processo visto como instrumento através do qual são implementados os valores incorporados nas normas do ordenamento, prefere-se uma ‘gestão privada’ da solução das controvérsias. Isto significa que é reconhecida às partes uma substancial liberdade para escolher seja o procedimento tido como o mais adequado para atingir um acordo, seja o conteúdo em si do acordo. Nesse contexto, a autonomia privada pode permitir às partes a definição da controvérsia de acordo com os critérios mais flexíveis, não suscetíveis de serem adotados por um juiz, vinculado que está ao princípio da legalidade”. SILVESTRI, Elisabetta. “Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999, n. 1, p. 327-328.

21 Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) V- incentivo à criação pelos fornecedores de (...) mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; (...)

22 Decreto nº. 7.963/2013.

23 O consumidor.gov. é um mecanismo de resolução de conflitos de consumo, por intermédio da internet, que tem propiciado solução eficaz e não onerosa a quantidade expressiva dos casos ali registrados, em prazo médio inferior a 10 dias. Até o presente momento, já foram finalizados mais de dois milhões e cem mil casos, fazendo da plataforma um dos principais serviços disponíveis, hoje, no Brasil, para a desjudicialização envolvendo relações de consumo. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

24 MARÇAL, F. B. **Medidas e processos estruturantes (multifocais):** características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — PPGD, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

25 Interessante o estudo conduzido pela ONU e pela American Society for Public Administration a partir 2001, em que se afirma a existência do “e-gov” desde meados da década de 1990: United Nations (UN); **American Society for Public Administration (APSA)**. Benchmarking E-government: A Global Perspective - Assessing the Progress of the UN Member States. United Nations: Nova Iorque, 2002. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/English>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

26 A ONU possui, até mesmo, índices de desenvolvimento de “E-government” e de “E-participation” para os países: <<https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/-E-Government>>; <<https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/E-Participation>>. Acessos em: 03 jul. 2020.

(“e-information sharing”), a interação com acionistas (“e-consultation”) e o engajamento nos processos decisórios (“e-decision making”)²⁷.

Em nosso país, além da plataforma governamental mencionada, existem diversos convênios entre os Tribunais e o Ministério da Justiça – firmados por meio da SENACON²⁸ — e, também, há plataformas desenvolvidas por empresas privadas²⁹ para atender à crescente demanda, especialmente considerando que, com a popularização da Internet, expressivo percentual de negociações e contratações passaram a ser realizados por meio eletrônico.

Apesar disso, ainda há grande resistência, seja por falta de conhecimento em geral da população e da própria comunidade jurídica, seja porque, como já abordado neste artigo, ainda há a preferência pela solução adjudicada por meio de uma sentença³⁰.

Mas é preciso que a solução das controvérsias através dos métodos alternativos seja a regra, para que o processo se torne cada vez mais democrático e acessível. Não há dúvidas que a implementação de qualquer nova estrutura gera custos financeiros, mas também é sabido que, no longo prazo, geram economia de recursos, otimização do trabalho, e, portanto, maior celeridade e eficiência.

Nesse cenário, as plataformas de mediação e resolução *on-line* assumem grande e valioso papel, pois têm a possibilidade de simplificar o acesso à justiça, ampliando-o demasiadamente, especialmente considerando que transportam os conflitos, até então presenciais, para a Internet, “empoderando” o cidadão que, até mesmo por meio de seu *smartphone*, poderá resolver a disputa, poupando não só dinheiro e tempo, mas também encurtando distâncias e aumentando a celeridade.

O que não se pode mais admitir é uma sociedade beligerante, arraigada em uma cultura adversarial, sendo importante promover mudanças e pensar “em desenhos de sistemas de solução de conflitos que, antes de acionar a máquina judiciária, evitem o processo ou, pelo menos o tornem

27 E-participation is expanding all over the world. With growing access to social media, an increasing number of countries now proactively use networking opportunities to engage with people and evolve towards participatory decision-making. This is done through open data, online consultations and multiple ICT-related channels. While developed countries, especially European countries, are among the top 50 performers, many developing countries are making good progress as well; especially lower-middle income countries. (...) A growing number of e-participation applications and tools are put in place in various sectors with the objective of responding to the needs of various communities. This can contribute to the development of new forms of collaborative partnerships between government bodies and people and reinforces the focus on people’s needs. The largest share of these initiatives relates to the central government and local authorities giving access to public sector information and public consultation via e-tools. But there has been a growing focus on mobilizing contributions to policy-making, even though progress has been modest so far. Making progress in participatory and democratic decision-making will increasingly be the criteria against which the success of e-participation will be assessed. Advances in e-participation today are driven more by civic activism of people seeking to have more control over their lives, rather than by the availability of financial resources or expensive technologies. Several developing countries, including some least developed countries, generate numerous good practices by using low-cost (open code source) ready-made solutions that are based on collaboration among citizens.” (UNITED NATIONS (UN). **UN E-Government Survey 2016: E-government in support of sustainable development.** United Nations: Nova Iorque, 2016, p. 3. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN97453.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020).

28 TJRJ, TJSP, TJRS entre outros.

29 A empresa Mercado Livre desenvolveu plataforma própria para resolução de conflitos entre os seus usuários (comprador e vendedor – primeira fase - negociação) que, se não for resolvida, passa a uma segunda fase (mediação) com a presença de um terceiro que, de forma on-line, requererá documentos e tentará fazer a aproximação e a finalização da disputa. Com isso, o índice de desjudicialização de conflitos tem aumentado ano a ano.

30 Há, ainda, a preferência pela solução adjudicada por terceiros, em especial pela autoridade estatal, e a grande parte da população não conhece os benefícios, não sabem como transformar em ganho significativo a sua atuação na solução consensual dos conflitos de interesses. Assim, para que esses mecanismos ganhem plena aceitação da sociedade brasileira, está na hora de se conceber e executar um grande projeto de indução de nova mentalidade e de incentivo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos, tanto no plano judicial como na esfera extrajudicial. WATANABE. Kazuo “Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos”. In: RODAS, João Grandino, et. al. (Coords.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil.** Curitiba: Editora Prismas, 2018.

mais ágil”³¹.

Segundo Daniel Arbix³²:

“Para a elaboração de tais desenhos, é imprescindível o conhecimento de técnicas de mapeamento de conflitos e de construção de arranjos procedimentais, ou seja, é fundamental que a mobilização de diferentes métodos de resolução de controvérsias seja feita de forma planejada, com diagnóstico prévio dos problemas a serem endereçados e objetivos precisos a respeito deles – em geral, formulados como respostas adequadas a tais problemas.

Nestas bases, o desenho pode envolver desde a criação de um modelo simples de cláusula contratual escalonada para ser inserida nos contratos de uma empresa até a criação de uma câmara de indenização de vítimas de um acidente ou o desenvolvimento da estratégia para prevenção e gestão eficaz das disputas surgidas em conexão com um grande evento.”

Há um modelo de desenho de sistemas proposto por Stephanie Smith e Janet Martinez³³ no qual é necessário considerar quais os tipos de conflito estão em jogo e quais serão resolvidos pelo sistema; qual é o intuito central e as metas a serem atingidas; quais métodos serão resolvidos pelo sistema; qual é o intuito central e as metas a serem atingidas; quais métodos serão adotados para prevenir, administrar e resolver conflitos – se houver mais de um método (por exemplo, mediação e arbitragem), será preciso definir como eles serão articulados; como o sistema se relacionará com o poder judiciário e outros órgãos estatais atuantes sobre aqueles mesmos conflitos, tanto administrativos como judiciais; que partes são esperadas, como elas poderão interagir com o sistema de resolução de disputas e quais incentivos serão oferecidos para que esta participação ocorra; quais informações a respeito do sistema estarão disponíveis para assegurar transparência e *accountability*; qual é a definição de sucesso do sistema e como ele será medido.

5. Síntese conclusiva

A delimitação dos contornos de utilização de sistemas *on-line* de resolução de conflitos é matéria ainda bastante nebulosa em nosso sistema, que vem sendo debatido e estudado nacional e internacionalmente. Mas, o que se pode afirmar é que, diante do aumento da utilização da Internet e, conseqüentemente, das negociações e transações realizadas por essa forma de comunicação, a quantidade de conflitos teve grande incremento, especialmente as demandas de massa e, com isso, é incontestável a necessidade que a sociedade e o Poder Judiciário têm de implementar e acolher os meios alternativos de resolução de conflitos para que a via jurisdicional deixe de ser a primeira opção e passe a ser última, utilizado de forma residual.

Para tanto, é preciso que todos estejam comprometidos com a utilização adequada de tais mecanismos, pois, após as singelas considerações trazidas através deste artigo, não se pode chegar a outra conclusão senão àquela que reconhece que tanto as ADR's quanto as ODR's trazem benefícios significativos para o sistema de justiça³⁴ e para os jurisdicionados, facilitando e ampliando o acesso à justiça.

31 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Rio de Janeiro: Ed. CRV, 2018, p. 251.

32 ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. **Uma introdução à resolução on-line de disputas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 3.

33 SMITH, Stephanie E.; MARTINEZ, Janet. “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”. **Harvard Negotiation Law Review**, n. 14. 2009. p. 129-133.

34 As plataformas de mediação on-line estão crescendo ano a ano no Brasil e resolvem a questão em tempo médio de um mês. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-13/plataforma-mediacao-online-fez-35-mil-acordos-tres-anos>>. Acesso em: 04 jul. 2020.)

6. Referências bibliográficas

ARBIX, Daniel. **Resolução online de controvérsias**. São Paulo: Intelecto, 2017.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. **Uma introdução à resolução on-line de disputas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, v. 3.

BARROSO, Luís Roberto. Resenha na contracapa do livro **Análise Econômica do Processo Civil: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da Justiça**, de autoria de Erik Navarro Wolkart. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. IBGE: Brasileiro passa mais tempo na web do que vendo TV. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2014/12/19/ibge-brasileiro-passa-mais-tempo-na-web-do-que-vendo-tv_a_21669659/>. Acesso em: 03 de jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro Universal de Acesso à Justiça”, s/ indicação de tradutor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, p. 87, abr./jun. 1994.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Questões relacionadas à Covid-19 podem ser solucionadas por mediação online**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/questoes-relacionadas-a-covid-19-podem-ser-solucionadas-por-mediacao-online/>>. Acesso em 03 jul. 2020.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. **Science**, new series, v. 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, 13 dez. 1968.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**, Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. “A resolução de disputas on-line (ODR): do comércio eletrônico (e seus meios de pagamento) ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça”. *In*: JUNIOR, Gilberto Andreassa et al. (Coord.). **Novos estudos de Direito Bancário**. Curitiba: Ed. Ithália, 2019.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. “Do the haves come out ahead in alternative judicial systems?” Repeat players in ADR. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 15, p. 19-61, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Rio de Janeiro: Ed. CRV, 2018.

SALLES, Carlos Alberto. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”. In: FUZ, Luiz et al. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira. São Paulo: 2006.

SILVESTRI, Elisabetta. “Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999.

SMITH, Stephanie E.; MARTINEZ, Janet. “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”. **Harvard Negotiation Law Review**, n. 14. 2009. p. 129-133.

STF. **STF investe em novas tecnologias para garantir mais agilidade à prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423423>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNITED NATIONS (UN); **American Society for Public Administration (APSA)**. Benchmarking E-government: A Global Perspective - Assessing the Progress of the UN Member States. United Nations: Nova Iorque, 2002. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/English.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

UNITED NATIONS (UN). **UN E-Government Survey 2016**: E-government in support of sustainable development. United Nations: Nova Iorque, 2016. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN97453.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

VARANO, Vincenzo. **L'Altra Giustizia**. Milano: Giufrè, 2007.

WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos”. In: RODAS, João Grandino, et. al. (Coords.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. Curitiba: Editora Prismas, 2018.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da Justiça. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.



A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DO INTERESSE DAS PARTES NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

João Guilherme Itaboraí Peçanha
Paula Mayworm Villaça

1. Introdução

A *desjudicialização*¹, ao longo dos últimos anos, apresenta-se como sendo um tema de grande importância e relevância nos debates jurídicos.

Conforme se depreende dos dados divulgados pelo CNJ², 78,7 milhões de processos estavam em tramitação nos Tribunais de todo o país, em 2018. Esse dado representa uma queda no número de processos em tramitação no Poder Judiciário, já que eram 79,6 milhões em 2017. Outro dado alarmante diz respeito à morosidade da máquina judiciária para apreciar os processos e proferir uma decisão final: apesar da disparidade entre os Tribunais de Pernambuco e Rio de Janeiro que demoram,

1 A expressão *desjudicialização* é utilizada para se referir a um procedimento adotado pelos legisladores e administradores públicos que pretende desonerar o Poder Judiciário e atribuir algumas de suas tarefas a outras entidades que sejam capazes de solucionar os litígios cotidianos, com finalidade última de garantir o princípio do acesso à justiça e a efetividade dos direitos e deveres dos cidadãos.

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números**. Brasília, DF. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

em média, 7 anos e 1 ano e 7 meses, respectivamente; verifica-se que os Tribunais do país levam, normalmente, 4 anos para julgar um caso. Essa demora nem sempre acompanha a realidade fática dos demandantes e, por isso, muitas das vezes as decisões, quando proferidas, não se revelam integralmente satisfatórias. Insta mencionar que um dos princípios processuais constitucionais é o da razoável duração no processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e oriundo dele temos que a atividade jurisdicional deve ser satisfativa (art. 4º, CPC). A duração razoável do processo não é sinônimo de celeridade processual, como observa Fredie Didier Jr.

“Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido ou célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. (...) A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito.”³

Nesse diapasão, fez-se necessário o desenvolvimento de técnicas e instrumentos a fim de diminuir o número de processos em trâmite na Justiça brasileira, bem como adequar o julgamento dos casos ao princípio da razoável duração do processo, equilibrando, assim, tempo e eficácia das decisões. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), isso pôde ser colocado em prática de maneira mais expressiva, principalmente através das audiências de conciliação e mediação do artigo 334, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e do Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Nos atendo à mediação, regulada pela Lei nº 13.105/2015, esta figura como um instrumento de muita valia e que vertiginosamente vem sendo uma via adequada de resolução dos conflitos levados aos Tribunais. Todavia, a realização das audiências de mediação, possibilitada pelo artigo 334 do CPC, por mais que contribua para a solução dos conflitos de forma eficaz e conciliando tal eficácia com o fator temporal, ainda movimenta a máquina judiciária. Dessa forma, paralelamente e promissoramente, encontra-se a mediação extrajudicial que, como se extrai do próprio nome, ocorre fora do âmbito do Poder Judiciário.

A mediação, em sentido amplo, conforme previsão legal, é uma «*atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*» O vocábulo *controvérsia* demonstra o quão abrangente e versátil a mediação é, não se atendo, pois, a apenas uma ou alguns ramos do Direito. Assim, percebe-se que esta técnica que proporciona a retomada do diálogo entre as partes e que, conseqüentemente, estimula a resolução dos conflitos em um curto espaço de tempo e num maior grau de eficácia, é aplicável aos imbróglis contratuais, de responsabilidade civil, empresariais, que envolvem direitos reais, questões de família e, principalmente, que versam sobre o Direito das Sucessões.

Os procedimentos sucessórios, por dizerem respeito a questões que envolvem direitos de propriedade de pessoa falecida e de tensões familiares imperativas e normalmente verificadas em grande quantidade de famílias brasileiras, são deveras burocráticos, se arrastando por quanto tempo for necessário à resolução de várias exigências feitas pelo Poder Judiciário. Embora bastante específicas, o legislador, crendo no potencial dos cartórios extrajudiciais de tornarem-se competentes para a

3 CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p. 45.

realização de procedimentos sucessórios, em especial o inventário, concedeu a estes a possibilidade da execução de inventários por escritura pública, os quais desnecessitam da chancela judicial, desde que haja concordância entre os herdeiros acerca do patrimônio que virá a ser partilhado. Para tanto, verifica-se possível alinhar os dois métodos de *desjudicialização*, o inventário e a mediação extrajudiciais de maneira a desafogar o Poder Judiciário tão amplamente demandado, resolvendo os conflitos inerentes ao âmbito das relações familiares e executando a partilha que é o objetivo final da ação de inventário.

Assim, o presente artigo se desenvolverá em duas partes: (i) a primeira abordará as nuances da mediação, apresentando o seu conceito e princípios informadores, bem como a diferença entre a mediação judicial e extrajudicial; e (ii) num segundo momento, tendo em vista as diversas áreas de atuação da mediação, debulhar-se-á sobre o processo de inventário, em especial o inventário extrajudicial e como a mediação pode contribuir para a maior difusão e eficácia desse instituto. Em ambas as partes, analisar-se-á o Provimento CNJ nº 67/2018, o qual regulamentou o procedimento de mediação no âmbito dos serviços notariais e de registro, esmiuçando o seu conteúdo e abordando a sua aplicação prática aos casos de inventário extrajudicial.

2. Da Mediação

“O ato de ouvir exige humildade de quem ouve. E a humildade está nisso: saber com a cabeça, mas com o coração, que é possível que o outro não veja mundos que nós vemos.”
(Rubem Alves)

2.1 CONCEITO E PRINCÍPIOS INFORMADORES:

A mediação, como já abordado no tópico anterior, é apontada pela Lei 13.140/2015 como um “*meio de solução de controvérsias entre particulares*” e definida como uma “*atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*” Nesse mesmo sentido, conclui Fernanda Tartuce:

“A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.”⁴

A partir desses conceitos, podem-se extrair quatro características basilares da mediação, quais sejam: (i) é uma atividade técnica; (ii) envolve a figura de um terceiro imparcial à situação e que não possui poder decisório (logo não pode ser o magistrado); (iii) é pautada pela voluntariedade e adesão das partes (não podendo, pois, ser imposta); e (iv) se baseia na busca pelo consenso.

A mediação, precipuamente, é constituída por uma “*relação T*”, ou seja, dois ou mais mediados e um mediador. Denomina-se “*relação T*” haja vista os envolvidos não possuírem posição hierárquica ou qualquer privilégio entre si, devendo, pois, todos serem tratados com isonomia e imparcialidade

4 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis. Método:** São Paulo, 2019. p. 197.

pelo mediador que, não possuindo qualquer poder decisório, utilizar-se-á de técnicas e habilidades de comunicação no intuito de restaurar o diálogo, que temporariamente foi interrompido ou prejudicado, para, assim, as próprias partes chegarem ao consenso e a partir de suas motivações e conclusões resolverem o impasse previamente estabelecido.

A respeito da figura do mediador, o artigo 1º do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010 estabelece oito princípios regentes da sua atuação⁵. Dentre eles, destacam-se o princípio da confidencialidade, da decisão informada, da imparcialidade e o da independência e autonomia.

Por ser um dos princípios basilares da mediação, o princípio da confidencialidade é um princípio que não orienta apenas a atuação do mediador, estendendo-se também às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas que tenham, direta ou indiretamente, participado da mediação. Esse princípio objetiva assegurar a manutenção do sigilo das informações declaradas, protegendo, pois, os envolvidos no caso de ausência de um acordo, impedindo que tais declarações possam ser utilizadas em seu desfavor em um possível procedimento arbitral ou judicial. Esse princípio, no entanto, não é absoluto, uma vez que o artigo 30 da Lei de Mediação traz a denominada *exceção de confidencialidade*, isto é, situações nas quais a confidencialidade deve ser mitigada e certas informações divulgadas. A referida exceção compreende quatro hipóteses, quais sejam: (i) quando a informação for relativa a crime de ação penal pública; (ii) quando a informação for necessária à administração tributária; (iii) quando a divulgação da informação for exigida por lei ou necessária para o integral cumprimento do acordo; ou (iv) quando as partes expressamente afastarem o princípio da confidencialidade, se valendo, assim, do princípio da autonomia da vontade.

Pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, o mediador fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. Ademais, este não poderá atuar como árbitro nem ser arrolado como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador. Esses preceitos, dispostos nos artigos 6º e 7º da Lei de Mediação, respectivamente, estão relacionados à confidencialidade, mas possuem também estrita interatividade com os princípios da autonomia/independência⁶ e da imparcialidade do mediador.

Igualmente, o mediador deve adotar ao longo do procedimento uma postura imparcial, não valorando as informações expostas pelos mediados, muito menos privilegiando um dos envolvidos, caso contrário o princípio da isonomia também será violado. Para tanto, o mediador conduz a mediação munido de técnicas que contribuem na manutenção da imparcialidade ao longo de todo procedimento. Dentre as técnicas utilizadas pelo mediador, destacam-se a escuta ativa, a comunicação construtiva, o método interrogativo, as perguntas amplas e sem julgamento, bem como o estabelecimento do *rapport*.

No afã de corroborar com a imparcialidade, as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz são aplicáveis à figura do mediador e qualquer vínculo ou relação pretérita entre o mediador e os envolvidos deve ser revelada antes do início da mediação, momento este denominado *disclosure*. Insta ressaltar que o mediador não pode agir com discriminação ou preconceito, seja de qual natureza for. Agir contrariamente a esse preceito não só estaria violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, mas também estaria por desestimular

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

6 O princípio da autonomia e da independência do mediador é um princípio que apresenta integral comunicabilidade com os demais princípios informadores, sendo, assim, difícil apresentar uma única definição. O artigo 1º, V da Resolução CNJ nº 125/2010 dispõe que esse princípio representa o dever do mediador "*atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.*"

um dos mediados e, com isso, não promoveria o empoderamento e a validação necessária às partes.

A atuação do mediador também é pautada pelo princípio da decisão informada, ou seja, o responsável pela condução da mediação, apesar de não possuir poder decisório, tem o dever de informar aos envolvidos os contornos jurídicos que revestem a mediação, bem como possibilitá-los e encorajá-los a estabelecerem um canal de diálogo e, assim, construírem uma decisão para o conflito através da consensualidade⁷. A decisão informada se funde com a autonomia da vontade e pauta a mediação como sendo um procedimento voluntário e que necessita da adesão das partes.

Outros dois princípios informadores da mediação que influenciam diretamente na atuação dos envolvidos e do mediador são os princípios da informalidade e da oralidade. A mediação é um procedimento informal haja vista não possuir fases pré-estabelecidas, um regimento imutável e inerte ao fator humano. A informalidade reside no fato da mediação ser baseada no diálogo entre as partes e estas, através da oralidade, sem se preocuparem com a utilização de termos técnicos, formularem um caminho e consensualmente chegarem a uma decisão para o impasse. A oralidade está presente em razão, de a todo momento, estar-se buscando a retomada de uma comunicação temporariamente interrompida, sendo, pois, secundário e às vezes até irrelevante o registro documental dos acontecimentos. Dessa forma, coadunando a informalidade e a oralidade, os mediados são estimulados a expor com maior liberdade - sem as amarras do formalismo presente no processo judicial - os fatos, os seus interesses e percepções do evento conflituoso. E com as técnicas de condução utilizadas pelo mediador, as partes, uma vez empoderadas e validadas, tendem a restabelecer o diálogo e, com isso, criar opções para a resolução do conflito.

Outrossim, a busca pelo consenso é uma característica marcante da mediação, influenciada diretamente pelos princípios da cooperação (art. 6º, CPC) e da boa-fé. E mais uma vez, o mediador possui participação crucial para o estabelecimento do cooperativismo e da ajuda mútua, pautando-se principalmente nos recursos ofertados pela negociação baseada em princípios, isto é, negociação fundamentada “*nos interesses subjacentes das partes que motivam suas posições, buscando ganhos mútuos por meio da exploração das diferenças e não vendo a negociação como um jogo de soma zero*”⁸. O mediador ofertará suporte aos envolvidos para estes separarem as pessoas do problema, focalizarem nos interesses em jogo e não nas posições aparentes, criarem opções de ganho mútuo e utilizarem critérios objetivos para pautar as propostas levadas à mesa⁹. Assim, as partes não estarão aptas a repartirem o bolo apenas, como também serão instigadas a fazê-lo crescer antes de reparti-lo entre si.

Isto posto, temos que a mediação é um método adequado para gerenciar conflitos e que se apresenta como sendo um processo informal (não possuindo um rito rígido e pré-estabelecido), colaborativo (uma vez que não existem partes antagônicas, mas sim envolvidos em um dilema), e confidencial. Esse procedimento é conduzido por um mediador, terceiro que se porta como facilitador da comunicação dos envolvidos que temporariamente foi interrompida ou dificultada desde o início do impasse. O mediador, através de técnicas apropriadas e de uma postura imparcial, buscará a

7 Acerca da decisão informada e do protagonismo dos mediados, Fernanda Tartuce comenta que “*A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. (...) Os participantes da mediação têm o poder de definir e protagonizar o encaminhamento da controvérsia, o que inclui desde a opção pela adoção do método compositivo até a responsabilidade pelo resultado final.*”

8 GABBAY, Daniela Monteiro. “Negociação”. In: DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem** – Curso de Métodos Adequados e Solução de Controvérsias. Forense: Rio de Janeiro, 2020, p. 131.

9 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim** - como negociar acordos sem fazer concessões. Sextante: Rio de Janeiro, 2018.

retomada do diálogo, examinará e expressará interesses comuns a serem coadunados e interesses divergentes a serem sopesados e, a partir disso, gerenciará o conflito levado à mesa da mediação. O mediador não possui poder de decisão, ficando esse a cargo dos envolvidos, evidenciando, assim, os princípios da autonomia da vontade das partes, da cooperação e da busca pelo consenso.

2.2 MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

A mediação judicial, como sugestivamente o seu nome indica, é aquela realizada no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido, apesar da indicação de opção pela realização ou não da audiência de mediação, prevista no artigo 334 do CPC, mostrar-se como requisito de admissibilidade da petição inicial (art. 319, VII, CPC), a realização dessa audiência é oportuna em qualquer fase processual, inclusive ao longo da fase de execução. Humberto Dalla alude que

“A ideia em torno dessa primeira audiência, antes mesmo da citação, é oportunizar a solução adequada, dispensando a necessidade da resposta do réu e a consequente decisão do mérito. A pacificação do conflito de forma mais harmônica e menos traumática é o real objetivo da mediação”¹⁰.

Ressalta-se, apenas, que sendo requerida *a priori* ou ao longo do curso do processo, para a realização da mediação exige-se que haja concordância de ambas as partes, uma vez que esta é pautada na voluntariedade e livre adesão das partes. Ademais, com fulcro no princípio da autonomia da vontade das partes, não há limite máximo de audiências, podendo ser realizadas quantas forem requeridas desde que necessárias à composição das partes e desde que não excedam o prazo de 60 dias, contados a partir da data da realização da primeira audiência (art. 334, §2º, CPC).

Em relação ao mediador judicial, cuja natureza jurídica é de “*auxiliar da justiça*”, este para estar habilitado e autorizado a atuar junto ao Tribunal de Justiça deverá ser pessoa física maior de 18 anos¹¹, graduado há pelo menos dois anos em ensino superior reconhecido pelo MEC e que possui capacitação adequada em escola ou instituição de formação de mediadores.

Em contrapartida, a mediação extrajudicial em diversos aspectos se diferencia da mediação judicial, a começar pelo fato desta ocorrer no curso de um processo judicial, enquanto aquela acontece sem que o Poder Judiciário seja acionado, servindo, portanto, como instrumento de promoção da *desjudicialização*.

Quanto aos mediadores extrajudiciais, a Lei de Mediação não exige os mesmos requisitos necessários para se adquirir a qualidade de um mediador que atua em Juízo. O artigo 9º da referida lei dispõe que o mediador extrajudicial pode ser “*qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.*” Dessa forma, temos que para atuar como mediador extrajudicial exigem-se as seguintes qualidades: (i) ser pessoa física; (ii) capacidade civil; (iii) capacitação

10 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 115.

11 Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e, consequente, alteração nos ditames de capacidade até então vigentes, as pessoas com deficiência deixaram de ser classificadas como absolutamente incapazes e conquistaram o direito ao exercício de sua capacidade legal em caráter isonômico com as demais pessoas (arts. 4º, 34 e 84, Lei 13.146/2015). Dessa forma, a pessoa com deficiência, desde que seja maior de 18 anos, e apresente os demais requisitos legais, pode atuar como mediadora.

técnica; e (iv) confiança dos envolvidos. Em outras palavras, o mediador extrajudicial deve ser pessoa natural maior de 18 anos, com capacitação em mediação e que possua confiança dos mediados.

Acerca da capacitação em mediação, temos que esta não se confunde com a necessidade do mediador ser advogado ou ser graduado em outra área do saber. Nas palavras de Adolfo Braga Neto, “o profissional que irá atuar nesta atividade deve buscar a capacitação que lhe propicie romper com a lógica binária do ‘ganhar para não perder’, do ‘certo ou errado’, do ‘culpado ou inocente’, ou mesmo das concessões mútuas.”¹² Apesar da maioria dos mediadores extrajudiciais serem graduados em Direito, esse conhecimento não se limita apenas a tais profissionais, podendo, pois, ser adquirido por profissionais de áreas diversas, através de cursos específicos para o exercício da mediação. Neste tocante, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios foi aprovado o Enunciado nº 47, *in verbis*:

“A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito”¹³.

Insta acrescentar que às partes é facultada a assistência de advogados ou defensores públicos ao longo da mediação extrajudicial, não sendo requisito obrigatório para a realização desta, como o é na mediação judicial. Todavia, em atenção ao princípio da isonomia entre as partes, explicitado no item anterior, caso uma das partes esteja assistida e a outra não, a mediação deverá ser suspensa até que ambas as partes estejam devidamente assistidas (art. 10, parágrafo único, Lei 13. 140/2015).

A mediação extrajudicial pode ser classificada como institucional (aquela realizada por uma instituição privada e profissionais vinculados a ela) e *ad hoc* (procedimento conduzido por mediadores autônomos, independentes, sem vinculação a algum centro privado de mediação). No entanto, apesar dessa clássica classificação dicotômica, o artigo 42 da Lei de Mediação abre espaço para outras duas modalidades de mediação extrajudicial, quais sejam: a mediação comunitária¹⁴ e escolar, e a mediação nas serventias extrajudiciais. Esta modalidade passou a vigorar com o advento do Provimento do CNJ nº 67, uma vez que o referido provimento regulamentou os procedimentos de mediação nos serviços notariais e de registro. Dessa forma, temos que a mediação extrajudicial pode ser realizada em instituições especializadas (câmaras privadas de mediação), de forma independente (por mediadores autônomos), no âmbito comunitário e escolar, e em serventias extrajudiciais (nos serviços notariais e de registro).

12 NETO, Adolfo Braga. “Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas”. In: DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem** – Curso de Métodos Adequados e Solução de Controvérsias. Forense: Rio de Janeiro, 2020. p. 179.

13 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/910>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

14 A mediação comunitária está intrinsecamente relacionada com a cidadania e a proteção dos direitos individuais e sociais. “Essa mediação permite a criação de maiores laços entre os envolvidos, incentivando a participação ativa dos membros daquela comunidade na vida social, ensinando-os a pensarem coletivamente e não mais individualmente. A participação cidadã é um processo transformativo aberto em que se leva a cabo uma política específica orientada à capacitação e ao *empowerment* da cidadania e ao impulso do seu papel no fortalecimento do desenvolvimento comunitário. Na mediação comunitária, os mediadores são geralmente membros da própria comunidade, capacitados para realizar a mediação de conflitos e que voluntariamente decidiram dedicar parte de seu tempo para o bem-estar de toda a comunidade. A mediação comunitária é gratuita, não acarretando ônus nenhum aos mediados.” (Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/a.mediacao.comunitaria.como.instrumento.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020).

2.3 MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO:

O Provimento CNJ nº 67, de 26 de março de 2018, considerando, dentre outros fatores, *a efetividade da conciliação e da mediação como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios*, através de um arcabouço regulamentário, possibilitou a realização de sessões de mediação no âmbito dos serviços notariais e de registro. Essa medida contribui diretamente para a *desjudicialização* e para a disseminação dos métodos adequados de resolução de conflito, uma vez que, ao contrário da malha judiciária, as serventias extrajudiciais estão presentes na maior parte dos 5.570 Municípios existentes no território nacional. Assim, desde que devidamente habilitados e preenchendo os requisitos definidos para tanto, os Cartórios de Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos e os Tabelionatos de Notas ou Protesto, poderão sediar sessões de mediações conduzidas por mediadores regularmente capacitados, isto é, profissionais com formação em curso especializado para o desempenho das funções e que realizam cursos de aperfeiçoamento, devendo, para tanto, comprovar essa capacitação a cada dois anos à CGJ e ao NUPEMEC (art. 6º, §3º, Provimento CNJ nº 67/2018).

Em linhas gerais, podem participar da mediação realizada nas serventias extrajudiciais, a pessoa natural absolutamente capaz, a pessoa jurídica e os entes despersonalizados com capacidade postulatória (o condomínio edilício, o espólio e a massa falida, por exemplo). Em outras palavras, todos os que possuem capacidade postulatória podem participar dessa modalidade de mediação. Os envolvidos podem ser representados e estar assistidos por advogados ou defensores públicos, estes devidamente munidos de instrumento de mandato com poderes especiais para o ato, observando-se também o princípio da isonomia.

A respeito dos custos, o referido Provimento traz, em seu artigo 36, o seguinte regramento: *“enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, aplicar-se-á às conciliações e às mediações extrajudiciais a tabela referente ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico.”* Dessa forma, em razão das normas específicas ainda não terem sido editadas, o custo de uma sessão de mediação de até 60 minutos será o valor equivalente ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico, a ser despendido no ato do requerimento. Ademais, os mediados terão que arcar com as custas referente as notificações e as vias do termo de mediação¹⁵, bem como aos minutos excedidos aos 60 minutos previamente estabelecidos, situação na qual serão cobrados emolumentos proporcionais ao tempo excedido (art. 36, § 2º, Provimento CNJ nº 67/2018)¹⁶.

Um ponto de grande interesse para os participantes da mediação realizada nos serviços notariais e de registro é o fato de caso ocorra o arquivamento do requerimento de mediação, o valor até então despendido será restituído ao mediado requerente na proporção de 75%. Também, o valor referente as

¹⁵ O termo de mediação é o instrumento lavrado ao fim da sessão de mediação, *quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes* (art. 20, Lei 13.140/2015). Esse termo deverá conter a assinatura das partes na última folha, bem como a rubrica nas demais páginas. Ademais, uma vez finalizado o procedimento, cada parte quedar-se-á com uma via do termo, enquanto outra será arquivada no livro próprio da serventia extrajudicial. Insta ressaltar que o termo de mediação além de ser considerado documento público e, por isso, ser dotado de fé pública (possuindo veracidade presumida); ele é considerado um título executivo extrajudicial, consoante disposição do art. 784, IV, do CPC.

¹⁶ No Distrito Federal, uma sessão de mediação com duração de 60 minutos, incluindo as custas da notificação e de uma segunda via do termo de mediação, fica ajustada no valor de R\$ 142,56 (Disponível em: <<https://consenso.cartoriocolorado.com.br/servicos/>>. Acesso em: 25 jun. 2020).

despesas de notificação serão restituídas na hipótese de o pedido de desistência da mediação ocorrer antes da prática de tal ato. E, por fim, insta mencionar que os Tabelionatos e Registros deverão ofertar sessões de mediação não remuneradas no intuito de atender àqueles que possuem o benefício da gratuidade de justiça¹⁷.

Isto posto, percebe-se que o Provimento CNJ nº 67/2018 tem como escopo promover e incentivar a propagação dos mecanismos consensuais de resolução de litígios e, conseqüentemente, a *desjudicialização*. Nas palavras de Trícia Navarro Xavier Cabral,

“Trata-se de iniciativa louvável, não só por propiciar a padronização e a fiscalização das atividades pelos órgãos competentes, mas também por oferecer ao cidadão um ambiente seguro para a solução de seus conflitos, especialmente nas localidades em que os Cejuscs ainda não foram instalados. Isso porque as serventias extrajudiciais, dotadas de fé pública, têm todo o potencial de garantir a prestação de serviços de conciliação e mediação adequadamente, servindo de importante fonte de disseminação da política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios e da pacificação social”¹⁸.

Apesar dessa normativa, em diversos aspectos, não ter contribuído para que a mediação nos serviços notariais e de registro seja facilmente e amplamente implementada, principalmente em decorrência de ser um serviço facultativo e em virtude do ônus que os Tabelionatos e Registros necessitam suportar ao proceder com a adoção dessa modalidade de mediação¹⁹, esse cenário de todo não é nebuloso e desestimulante, uma vez que essa ferramenta possui grande importância e eficácia, essencialmente se vinculada ao procedimento de inventário extrajudicial, como se demonstrará a seguir.

3. Do Inventário

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E O PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO

As relações estabelecidas em vida induzem às suas partes a expectativa de que sejam produzidas determinadas consequências, sejam elas percebidas apenas no cotidiano, ou que atinjam ao universo jurídico. Além dos bens e serviços adquiridos por um sujeito ao longo de sua existência, todas as obrigações ajustadas por um mesmo indivíduo, desde que não recebam tratamento de obrigações de

17 Conforme se extrai do artigo 98 do CPC, “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.” Assim, o beneficiário da gratuidade de justiça é aquele que declara possuir insuficiência de recursos. Essa declaração goza de presunção relativa de veracidade, isto é, apenas mediante prova em contrário a pessoa que declara ser hipossuficiente perderá o referido benefício.

18 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartorios-medida-bem-vinda>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

19 Uma das alternativas para a difusão e, conseqüente, adoção dessa medida pelos cartórios extrajudiciais é a utilização do método ODR (*Online Dispute Resolution*), isto é, a realização dessas sessões de mediação através de um ambiente online. Dessa forma, o oferecimento da mediação online pelas serventias extrajudiciais, reduz o ônus a ser suportado pelos Cartórios cadastrados e propiciaria uma maior adesão e efetividade do Provimento CNJ nº 67/2018, uma vez que não demandaria uma estrutura física e pessoal específica para a realização dessas sessões, bem como acarretaria na diminuição dos custos. Nesse sentido, Maria Angélica Carvalho registra que apesar do Provimento em questão não ter reconhecido explicitamente a aplicação do método ODR, “a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil que, são leis gerais, já permitem a virtualização dos procedimentos ADR.” E acrescenta que “a possibilidade da utilização de plataformas digitais que otimizariam a celebração do acordo e todo o procedimento de mediação e de conciliação, seria algo vantajoso para as pessoas que trabalham no cartório e para as partes usuárias. Mesmo porque, na maioria dos cartórios extrajudiciais os funcionários já estão acostumados com a operacionalização de softwares, uso de tecnologia e internet no dia a dia de suas atividades.” (CARVALHO, Maria Angélica Souza Louzada. “On-line Dispute Resolution (ODR) e sua implementação nos cartórios extrajudiciais”. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, 2020, p. 65-84.).

cunho personalíssimo, continuarão repercutindo após o momento da sua morte, sendo, via de regra, transmitidas aos herdeiros nas forças de sua herança.

O Direito Sucessório possui a finalidade de estabelecer a continuidade às obrigações ajustadas e ao patrimônio constituído ao longo da vida. Trata-se de uma construção que se alinha ao Direito de Família e perfila-se à lógica dos direitos de propriedade e sua função social, em respeito aos anseios privados do homem (de continuação da pessoa falecida) e atuando, também, no interesse do Estado. De acordo com Silvio Venosa²⁰, é de interesse público que um patrimônio não permaneça sem qualquer titularidade.

É a partir do momento da morte que de pronto se efetua a transmissão sucessória dos bens e direitos deixados pelo *de cuius*. Tal transmissão é orientada pelo *princípio de saisine*, regulado pelo Código Civil em seu artigo 1.784, e se dá de maneira quase automática aos herdeiros, independentemente de seus atos – com singelas exceções. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em seu Curso de Direito das Sucessões nos ensinam, sobre o *droit de saisine*:

“A criação da regra da transmissão automática (saisine) inspirou-se nas máximas germânica e gaulesa: *der Todte erbt den lebendigen e le mort saisit le vif*, significando que os vivos dão continuidade às relações que pertenciam ao morto. A partir delas, desenvolveu-se a ideia fundamental da transmissão automática para subtrair dos senhores feudais o ímpeto de arrecadar bens que pertenciam aos seus falecidos servos, localizados em suas terras”²¹.

Pelo *droit de saisine* se determina a criação de uma ficção jurídica para salvaguardar o patrimônio, seja ele material ou imaterial, impedindo que este permaneça sem titular que promova sua conservação. A abertura da sucessão ocorre exatamente no momento da morte do indivíduo, agora *de cuius*, não havendo “*entre a morte (...) e a transmissão do patrimônio qualquer intervalo de tempo. Por isso, os herdeiros sucedem imediatamente o defunto, adquirindo o patrimônio desde o momento em que o causante faleceu*”²².

Parece claro que o *princípio de saisine* é o regramento perfeito para a garantia do não rompimento das relações jurídicas e da perpetuação de princípios constitucionais. A continuidade das relações jurídicas determinada pelo direito sucessório “*gera a conservação das unidades econômicas em prol da proteção ao núcleo familiar*”²³, incutindo às famílias - que normalmente são aquelas a quem majoritariamente se destina o Direito Sucessório – a lógica de durabilidade, segurança e cuidado em relação ao que fora deixado pelo *de cuius*.

Entretanto, o Direito das Sucessões vai muito além daquilo que nos é ensinado pelo Direito Civil. O *princípio de saisine* produz efeitos relevantes no campo do direito material, mas também para as relações processuais. De todo modo, a transmissão do patrimônio não se trata de procedimento simples, devendo ser orientada com certo rigor procedimental.

Isto posto, o Direito Processual no Brasil contempla o rito do Inventário, procedimento pelo qual é feita descrição dos bens deixados pelo *de cuius* que formam a sua herança, catalogando pormenorizadamente o ativo e o passivo transferido no momento da morte. A herança, porquanto indivisível, possibilita o recolhimento dos tributos necessários para que o procedimento seja efetuado, bem como a posterior quitação dos débitos com os possíveis credores e, ao fim de tudo, a partilha

20 VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil: sucessões**. 17. ed. Atlas: São Paulo, 2017, p. 3.

21 FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Jus Podvim, Salvador, 2017, p. 112.

22 Ibidem., p. 113.

23 Ibidem., p. 52.

entre os herdeiros²⁴.

Em outras palavras, este é o rito mais complexo dentre os que dizem respeito às sucessões. É dividido em duas fases: a primeira fase é a chamada *inventariança*, pela qual é feita exatamente a catalogação do patrimônio deixado pelo falecido e os ajustes necessários quanto às dívidas e as obrigações fiscais do *espólio*, delineando os limites da herança. Em segundo momento, após a avaliação patrimonial, realiza-se a *partilha* dos bens entre os herdeiros.

São evidentes as burocracias que os interessados no procedimento do inventário enfrentarão perante os órgãos jurisdicionais para que seja realizado satisfatoriamente. Embora haja alternativas que facilitem o procedimento, tal qual o arrolamento sumário dos bens e patrimônio deixados pelo *de cujus*, em geral, a morosidade do sistema judiciário e as inúmeras exigências acabam implicando na não celeridade e eficiência do trâmite²⁵.

Tendo em vista o potencial litigioso do processo de inventário, há o deslinde da discussão que busca categorizá-lo, buscando entendê-lo como procedimento de jurisdição contenciosa, ou, antagonicamente, procedimento de jurisdição voluntária, exatamente por não haver, em princípio, conflitos a serem resolvidos, tão somente inegável potencial para antagonismos entre os herdeiros que deverão ser apaziguados diante de decisão judicial. Segundo a classificação ordinária topograficamente realizada pelo diploma processual, o inventário é procedimento especial de jurisdição contenciosa, concernente a justiça comum, com previsão legal disposta nos artigos 610 e seguintes do Código de Processo Civil. A disciplina legal direciona o procedimento em referência para a pasta divisória dos procedimentos contenciosos ao considerar potenciais situações conflituosas que poderão vir a surgir entre os herdeiros durante o trâmite processual.

Contudo, não se pode olvidar que o processo de inventário, *a priori*, não tem a finalidade de pacificação social e de resolução de conflitos, como, via de regra, são os demais ritos de jurisdição contenciosa. Pretende-se com o inventário a prolação de um provimento judicial que tenha condão de realizar a transmissão (ou adjudicação) a cada um dos herdeiros que sucederão o falecido a sua parte que lhe cabe diante do *montemor*, isto é, o quinhão hereditário²⁶.

Insta ressaltar que o Código de Processo Civil, no parágrafo primeiro de seu artigo 610, apresenta a possibilidade de o inventário e a partilha subsequente serem realizados a partir de escritura pública. Por mais que haja potenciais divergências e antagonismo entre os herdeiros – litigantes na via judicial -, o legislador percebeu a iminente aptidão dos cartórios extrajudiciais para instaurarem o procedimento de inventário pela via administrativa.

Desta feita, intentado a promover a *desjudicialização* de procedimentos e ampliar o acesso à justiça, o legislador editou a Lei 11.441/07, que buscou ampliar a competência cartorária para a realização do procedimento de inventário e partilha por escritura pública, criando a alternativa do inventário extrajudicial de jurisdição puramente voluntária.

Por meio desta lei, o artigo 982 do Código de Processo Civil de 1973 foi alterado, facultando aos interessados a abertura do procedimento pela via extrajudicial. Isso significa que os interessados no procedimento podem fazer a opção²⁷ que melhor lhe aprouverem e, dentre estas, optarem para

24 VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil:** sucessões. 17. ed. Atlas: São Paulo, 2017, p. 6-7.

25 Nas palavras de Farias e Rosenthal, o arrolamento sumário consiste no método pelo qual “os herdeiros apresentam o plano de partilha ao juiz que somente o homologa” (FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil - Sucessões. 3. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Jus Podvim, Salvador, 2017, p. 525, apud CARVALHO, Dimas Messias de. CARVALHO, Dimas Daniel de. Direito das sucessões. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 225).

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 20. ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 475.

27 A facultatividade da escolha pela via cartorária é ainda mais sedimentada quando da edição do artigo 2º da Resolução n.º 35/2007 do CNJ, a ser ainda mencionada, que é literal ao dizer ser “*facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial*” relativamente aos atos consensuais e notariais de que trata a Lei 11.441/07, dentre os quais consta o inventário extrajudicial.

que o inventário seja realizado amigavelmente sem invocação da máquina judiciária, tão somente utilizando-se de formas de resolução de conflitos consensuais, sem inflar o Poder Judiciário.

Importante dizer que antes mesmo da Lei 11.441/07 ter sido editada pelo legislador, o Código Civil, a partir do previsto no artigo 2.015, ditava as coordenadas para a realização da chamada *partilha amigável* por escritura pública. No entanto, muito embora já realizada partilha nesses moldes, a intenção do legislador foi de referenciar também na legislação processual essa possibilidade e delinear seus pressupostos e requisitos, dando maior efetividade ao procedimento extrajudicial.

3.2 DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE INVENTÁRIO E A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL: AS NORMAS REGULADORAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2018, como já informado, apontou que, ao fim de 2017, o Poder Judiciário, embora bastante estruturado, contava com um acervo de mais ou menos 80 milhões de processos, nas diversas instâncias judiciais, que aguardavam a entrega da solução judicial. A busca pela tutela jurisdicional é amparada pelos mais diversos diplomas legais, vigorando sob a égide da Constituição Federal que no inciso XXXV do seu artigo 5º consagra o princípio de inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça.

A demora na prestação jurisdicional e a necessidade da racionalização das atividades processuais confere ao legislador a tarefa de simplificar a vida jurídica dos cidadãos brasileiros. Em claro objetivo de *desjudicialização* de determinados procedimentos que, no entendimento do legislador, podem ser realizados sem que haja a intervenção necessária e obrigatória do juiz de direito, foi editada, como mencionado no item anterior, a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007. E, no mesmo sentido de retirar, assim, do Poder Judiciário a exclusividade de tramitação de processos de inventário, o §2º do artigo 610 do CPC disciplinou de maneira não exauriente o inventário extrajudicial²⁸.

Inegável dizer que o Inventário realizado administrativamente pelos cartórios extrajudiciais, sem que haja qualquer movimentação das engrenagens do Judiciário, é procedimento de jurisdição voluntária, eis consagrada a facultatividade enunciada pela Lei 11.441/07. Antes de tudo, o processo de inventário e partilha, como ora mencionado, possui dupla função, isto é, obtém o condão de dar continuidade aos bens deixados pelo falecido, bem como o de garantir que não haja patrimônio vago sem qualquer administração. Esse procedimento atinge, pois, o âmbito privado e atende a vontade Estatal.

Para que seja realizado, além do preenchimento de alguns requisitos, os interessados que optarem pela realização do inventário extrajudicial deverão ter em mente que essa atividade requer seja realizado apenas o arrolamento sumário dos bens e do patrimônio do falecido, sem dispêndio de esforços para tanto. O recolhimento do ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação) é uma das exigências tributárias para que a transmissão dos bens seja plenamente efetivada, nos termos do

28 Além da celeridade, um dos motivos que fazem a mediação extrajudicial ser mais atrativa do que a judicial é quanto às custas que envolvem esse procedimento. A partir de análise das tabelas de emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Portarias 2881 e 2882 de 26 de Dezembro de 2019) e honorários da OAB-RJ (Tabela de Honorários Mínimos), pode-se concluir que um inventário judicial que envolve 01 imóvel de mais de 60m² no valor aproximado de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) chega a custar por volta de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), já somando ao cálculo o ITD (à alíquota de 5%) e o valor de honorários fixado em de R\$ 6.723,83 (seis mil, setecentos e vinte e três reais e oitenta e três centavos) em virtude do valor de 140 salários mínimos correspondente à meação do herdeiro. O inventário extrajudicial para o mesmo imóvel chega a mais ou menos R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), considerando o mesmo valor à título de ITD, valores de escritura e registro, respectivamente nas tabelas 07 e 05.1 da Portaria de Custas de 2020 do TJRJ, e honorários de R\$ 901,96 (novecentos e um reais e noventa e seis centavos), fixado conforme tabelamento da OAB-RJ.

artigo 155, inciso I da Constituição Federal, cujo recolhimento é de competência dos Estados.

De todo modo, coube à doutrina e à jurisprudência a imposição de certos requisitos para que seja conferida aos interessados o poder de opção entre um procedimento e outro. Na lição de Farias e Rosenvald,

o art. 610 do Código de Processo Civil de 2015, mantendo um avanço detectado desde o advento da Lei no 11.441/07, admite a realização do procedimento de inventário em juízo, por meio de jurisdição especial contenciosa, ou em cartório (administrativamente), através de um procedimento realizado perante o tabelião, sem intervenção do Ministério Público e sem a necessidade de homologação do juiz. lavrado por meio de uma escritura pública, quando todos os **herdeiros são maiores e capazes, inexistindo litígio**. Havendo a presença de interesse de incapaz ou a existência de testamento, a forma judicial é obrigatória. (grifos adotados)²⁹.

Além de exigir que as (i) partes sejam maiores de idade e capazes para a realização de quaisquer atos e manifestem regularmente suas vontades sem impedimentos³⁰, é imprescindível a (ii) presença de um advogado que as ofereça assistência jurídica. A legislação exige que um advogado esteja presente para conferir validade ao inventário realizado por escritura pública, esteja ele representando apenas uma das partes ou todos os envolvidos no processo, defendendo o interesse legítimo de todos e esclarecendo as eventuais questões que porventura surgirão.

Como terceiro requisito, a doutrina advoga pela (iii) inexistência de testamento, uma vez que sua existência inviabilizaria a via administrativa, embora não haja incompatibilidades lógicas para tanto.³¹ A priori, o inventário extrajudicial se atém apenas as sucessões legítimas, em que não haja testamento.

Todavia, a jurisprudência da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, desde 2019, no julgamento do Recurso Especial n. 1.808.767/RJ de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, passou a permitir que seja realizado o inventário por escritura pública havendo testamento deixado pelo *de cujus*, desde que o testamento tenha sido, ao menos, previamente processado em juízo sob concordância dos herdeiros quanto ao seu teor, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM. (...)

3. Assim, de uma leitura sistemática do caput e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o

29 FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – Sucessões. 3. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Jus Podvim, Salvador, 2017, p. 519.

30 No condão da análise da capacidade de quem participa do inventário extrajudicial, insta trazer à baila a situação da pessoa com deficiência que, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), *tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas*, consoante artigo 84 da referida Lei. Assim, em regra, a menos que sua incapacidade se reste comprovada, a pessoa com deficiência pode requerer o inventário extrajudicial, não aplicando, pois, a regra do artigo 610 do CPC. Ademais, oportunidade esta também deve ser ofertada à pessoa com deficiência que adote o processo de decisão apoiada, isto é, ao longo do inventário extrajudicial a pessoa com deficiência deverá ser auxiliada por dois apoiadores que, possuindo vínculos e gozar da confiança do apoiado, o acompanharão em todos os atos do inventário, devendo sempre esclarecer eventuais dúvidas e fornecer todas as informações necessárias para o apoiado manifestar a sua vontade. Dessa forma, como ressalta Marco Antonio Rodrigues, *“a recusa à celebração da escritura pública em virtude da presença de herdeiro com deficiência deve ser devidamente motivada numa verificação de incapacidade, mas não numa negativa genérica, que contraria a autonomia privada do indivíduo.”* Ademais, levando em consideração que a pessoa com deficiência possui o direito de igualdade de oportunidades em todas as esferas da vida civil, a negativa de sua participação no inventário extrajudicial constitui ato de discriminação, podendo o infrator desse ato ser condenado à reclusão de 1 a 3 anos e ao pagamento de multa (art. 88, EPD).

31 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e Partilha** – Judicial e Extrajudicial. Forense: Rio de Janeiro, 2019, p.187.

testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.

4. A mens legis que autorizou o inventário extrajudicial foi justamente a de desafogar o Judiciário, afastando a via judicial de processos nos quais não se necessita da chancela judicial, assegurando solução mais célere e efetiva em relação ao interesse das partes. Deveras, o processo deve ser um meio, e não um entrave, para a realização do direito. **Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.** (...) (REsp 1808767/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 03/12/2019, grifos aditados).

O Enunciado n.º 16 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM segue a mesma linha de raciocínio ora estabelecida pelo julgamento anteriormente analisado, fornecendo, de todo modo, ainda mais amplitude a essa alternativa para a realização do inventário, e nos informa exatamente que *“quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial”*³².

Outrossim, imprescindível elucidar que a quarta das condições para que possa ser realizada a opção pela via administrativa é a realização prévia do (iv) acordo de partilha, pelo qual os herdeiros deverão manifestar o seu consenso abrangendo, preferencialmente, a maioria dos bens a serem posteriormente partilhados. No entanto, note-se que, ao falar do acordo de partilha, inevitavelmente, os direitos de propriedade são trazidos à baila. Em uma sociedade que preza bastante pela continuidade do material e há necessidades evidentes de se manter certa riqueza patrimonial para sustento, não há como negar que possíveis conflitos surgirão entre os herdeiros.

Nesse contexto, em caso de impasse e contrariedades entre os herdeiros acerca da avaliação de alguns destes bens, podem os herdeiros utilizarem, para estes bens específicos, o inventário judicial para proceder à sua avaliação³³. Em contrapartida, é necessário levar em consideração que o procedimento extrajudicial de inventário, quando corretamente alinhado à mediação extrajudicial é uma via de mão dupla. Significa dizer que, por todo o ora exposto e pelo conhecimento fático do comportamento da máquina Judiciária, o desdobramento do inventário em duas vertentes complementares não se mostra compatível com o princípio de economia processual. Embora não haja óbice a essa simultaneidade, dentre as diversas opções para se dar continuidade ao procedimento sucessório, a busca pela mediação extrajudicial se apresenta como o método mais adequado para a resolução da lide ao invés da judicialização parcial.

De antemão, é possível se extrair a partir da interpretação sistemática dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que a legislação atinente ao inventário extrajudicial surge hodiernamente como uma tentativa de impedir o inchaço desmoderado do Poder Judiciário e conferir mais efetividade aos princípios processuais de duração razoável do processo e acesso à justiça. Nesse diapasão, a mediação realizada nos serviços notariais e de registro, delineada pelo Provimento CNJ nº 67/2018, como oportunamente demonstrado, mostra-se como o método mais adequado para a solução de eventuais conflitos que surgirem no decorrer do inventário extrajudicial, principalmente no tocante ao acordo de partilha, uma vez que, dentre outros fatores, ambos procedimentos são realizados nas dependências das serventias extrajudiciais.

A utilização desse método para a solução dos conflitos é capaz de auxiliar a elaboração do acordo de partilha sem que haja antagonismos entre os interessados, e de fomentar o acesso do

32 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. **Enunciado nº 16, de 23 de outubro de 2015.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 21 jun. 2020

33 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e Partilha** – Judicial e Extrajudicial. Forense: Rio de Janeiro, 2019, p.187.

cidadão aos meios de resolução de conflito, uma vez que, por vezes, o interessado se encontra distante das serventias judiciais localizadas em Fóruns Centrais, mas possui acesso aos diversos cartórios extrajudiciais locados nos diversos Municípios do país. Ademais, a busca pela solução consensual do impasse nos próprios cartórios notariais e de registro permite que se realize diversos procedimentos sem se sujeitar, porém, à morosidade e às burocracias que circundam o Poder Judiciário. De todo modo, por meio desse incentivo, verifica-se a instrumentalização da garantia constitucional de acesso à justiça, tão importante para fomentar a igualdade entre todos os indivíduos de uma sociedade³⁴.

4. Conclusão

Com o passar das décadas, o ativismo judicial foi bastante fortalecido, principalmente, em função da promulgação da Constituição de 1988, ao positivizar uma gama de direitos individuais e sociais, bem como em decorrência do surgimento de procedimentos inovadores que visam a garantia destes direitos, a judicialização destes conflitos foi inevitável. E, com fulcro do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), tornou-se evidente a função apaziguadora e pacificadora inerente ao Poder Judiciário.

Entretanto, a inerente ineficiência do Poder Público, quando acrescida do intenso volume de demandas ajuizadas desde então, contribuiu para o engessamento da máquina judiciária e, conseqüentemente, inviabilizou a adequada e necessária apreciação dos processos no prazo razoável, condizente aos princípios constitucionais, bem como contribuiu para que a tutela jurisdicional nem sempre seja ofertada satisfatoriamente para quem a almeja. Assim, por vezes, a morosidade do Poder Judiciário desequilibra as relações jurídicas estabelecidas entre os demandantes que necessitam da chancela judicial nos pleitos que sustentam.

Em meio a necessidade de desonerar o Poder Judiciário, o legislador, atento aos novos panoramas constitucionalmente impostos ao ordenamento jurídico, atentou para a criação de diversos mecanismos hábeis para garantir o provimento jurisdicional aos cidadãos por vias extrajudiciais, dentre eles destacam-se a mediação e o inventário extrajudiciais. Objetivando diminuir os processos tramitando perante a esfera judicial, a *desjudicialização* de diversos procedimentos antes privativos do Judiciário acaba por reduzir o tempo necessário para que o demandante consiga o provimento judicial de que necessita, garantindo maior celeridade e eficácia às decisões.

A mediação, mais precisamente a mediação extrajudicial, como método adequado de resolução de conflitos através da presença de um mediador que visa facilitar a retomada do diálogo entre as partes e, conseqüentemente, a resolução do impasse através da autocomposição, mostra-se como um importante instrumento de *desjudicialização*, principalmente, após o Provimento CNJ nº 67/2018, que regulamentou a mediação no âmbito dos cartórios extrajudiciais e, assim, propiciou a maior difusão desse procedimento pelo território nacional.

34 No afã de promover a igualdade material, a Resolução CNJ nº 35/2007, editada após a Lei 11.441/07, estabeleceu diversas alterações na legislação processualista, de modo a exaltar o ânimo de inserir na sociedade um padrão isonômico de amplo acesso aos atos da vida civil, sejam eles exclusivos do Poder Judiciário ou delegados a privados. Significa dizer que todas as camadas populacionais, indiscriminadamente, e independentemente de quaisquer valores e emolumentos exigidos, necessitam ter a possibilidade de recorrerem aos serviços extrajudiciais, permeando os entendimentos acerca do procedimento adotado para a realização do inventário extrajudicial. Dito isso, a Resolução n.º 35/2007 estabeleceu o reconhecimento de gratuidade para a realização do inventário extrajudicial, indo além da gratuidade de justiça prevista para o inventário judicial. Para que esta seja concedida, basta, segundo os termos dos artigos 6º e 7º da referida Resolução, a mera declaração de hipossuficiência para arcar com os gastos com os emolumentos.

No que tange aos procedimentos sucessórios, o inventário facultativamente realizado pela via administrativa em cartórios extrajudiciais é mais uma das medidas adotadas pelo ordenamento brasileiro que visa conferir efetividade aos princípios processuais constitucionais, permitindo exatamente que o trâmite de partilha seja célere e atenda às necessidades dos interessados sem que seja acionada a via judicial, inchada e burocrática. Desta feita, tendo as partes interessadas preenchido todos os pressupostos e requisitos, estas poderão partir para a via extrajudicial; via esta que pode ser optada mesmo diante da existência de testamento, desde que este tenha sido previamente processado em juízo. Significa dizer que sendo maiores capazes e assistidos juridicamente por advogado, poderão os interessados consentir quanto à partilha e submeterem-na ao procedimento administrativo.

Muito embora o inventário extrajudicial seja uma opção que estruturalmente vise a fuga do Judiciário altamente inflado, a doutrina prevê a possibilidade de se compatibilizar o inventário extrajudicial, que dirá respeito aos pontos consensuais, com o procedimento judicializado, para desconstituir quaisquer controvérsias quanto a partilha. Contudo, embora seja uma possibilidade, na prática, demonstra ser opção inegavelmente prejudicial aos interessados na partilha. Ainda, apesar de o ordenamento jurídico não ter se mobilizado por inteiro para conferir o incentivo necessário à adoção da mediação extrajudicial, este método vem se mostrando de grande importância para o alcance do objetivo último do legislador, por permitir que antagonismos sejam resolvidos sem que a atuação do Judiciário seja provocada.

É por meio de incentivos do Poder Público e da atuação dos mediadores extrajudiciais altamente capacitados que será possível determinar novos rumos para o acesso à justiça dos cidadãos, sejam quais forem as necessidades e as demandas as quais se sujeitarão. A instrumentalização dos princípios dispostos pela Constituição Federal perpassa por um caminho longínquo, devendo ser trilhado com cuidado pelos legisladores, legitimados à atuação em prol da sociedade.

Isto posto, percebe-se que apesar do trabalho dos Poderes Legislativo e Judiciário a fim de promover a mediação extrajudicial e o inventário realizado nas serventias extrajudiciais, ainda não é o suficiente. Grandes avanços ocorreram, mas tendo em vista que a presença do advogado na mediação extrajudicial é facultativa, mas caso uma das partes esteja assistida a outra também deverá estar, e no inventário extrajudicial a assistência de advogado ou defensor público é obrigatória haja vista ser um dos requisitos para a celebração da escritura pública da partilha, tem-se que o advogado possui um papel de suma importância na propagação e aperfeiçoamento desses métodos. O Código de Ética e Disciplina da OAB ao prever em seu artigo 8º que “o *advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda*”³⁵, extrai-se que também é dever do advogado direcionar o método mais adequado, célere e eficaz de resolução da demanda trazida pelo cliente. Dessa forma, aos poucos, a partir da atuação do advogado, modificar-se-á o cenário da judicialização de demandas, ainda prevalente, alterando, assim, as “*atitudes beligerantes, na lógica dogmática do ganha-perde*” e propagando “*o poder transformador dos métodos de consensualização e as alternativas de ganha-ganha*”³⁶.

35 **Código de Ética e disciplina da OAB.** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoOab/codigo-deetica.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

36 VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** Método: São Paulo, 2018. p. 128.

5. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: maio 2020.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 20 mai. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartorios-medida-bem-vinda>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e Partilha** – Judicial e Extrajudicial. Forense: Rio de Janeiro, 2019.

CARVALHO, Maria Angélica Souza Louzada. “On-line Dispute Resolution (ODR) e sua implementação nos cartórios extrajudiciais”. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Revista dos Tribunais, São Paulo v. 6, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números**. Brasília, DF. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais/>>. Acesso em: jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Brasília, DF. Disponível em; <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=179>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Provimento nº 67, de 26 de março de 2018**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cnj-cartorios-mediacao.pdf>>. Acesso

em: 05 mai. 2020.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA – TJRJ. **Portaria nº 2.882, de 26 de dezembro de 2019.** Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/6944798/novas-custas-2020.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA – TJRJ. **Portaria nº 2.881/19, de 26 de dezembro de 2019.** Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1415195/custas-extrajudiciais-2020.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. “Negociação”. *In*: DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem** – Curso de Métodos Adequados e Solução de Controvérsias. Forense: Rio de Janeiro, 2020.

DA ROSA, Conrado Paulino; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Patilha** – Teoria e Prática. JusPodivm: Salvador, 2020.

DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem** – Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias. Forense: Rio de Janeiro, 2020.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo.** Saraiva: São Paulo, 2018.

FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – Sucessões. 3. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Jus Podvim, Salvador, 2017.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim** - como negociar acordos sem fazer concessões. Sextante: Rio de Janeiro, 2018.

HILL, Flávia Pereira. “Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: Desafios e Perspectivas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual.** Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39175/27450>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. **Enunciado nº 16, de 23 de outubro de 2015.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

NETO, Adolfo Braga. “Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas”. *In*: DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem** – Curso de Métodos Adequados e Solução de Controvérsias. Forense: Rio de Janeiro, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Tabela dos honorários mínimos.** Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/sites/default/files/tabela_01_2020_site.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** Método: São Paulo, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 10. ed. rev. ampl. Forense, Rio de Janeiro; Método, São Paulo, 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** Método: São Paulo, 2018.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil:** sucessões. 17. ed. Atlas: São Paulo, 2017.



MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CREDORES NÃO SUJEITOS

**Jorge Luis da Costa Silva
Rodrigo Saraiva Porto Garcia**

1. Notas Introdutórias

A mediação pode ser uma importante ferramenta à disposição do juízo da recuperação judicial, sobretudo em momentos nos quais o devedor em recuperação se depara com uma situação excepcional de crise – como é o caso da pandemia do novo coronavírus. Nesse cenário de severas restrições impostas pelo governo, com relevantíssimos impactos sobre a atividade econômica, o devedor em recuperação pode ser afetado de forma ainda mais grave.

É bem verdade que a recuperação judicial pode proporcionar um alívio ao devedor, com a possibilidade de reestruturação da dívida sujeita à recuperação. No entanto, em um contexto extraordinário e totalmente imprevisível como a pandemia do novo coronavírus, o equacionamento do passivo sujeito à recuperação pode não ser suficiente para a superação da crise. Pode ser necessário reestruturar também os créditos não sujeitos, sejam eles posteriores ao pedido de recuperação, sejam eles decorrentes de contratos não alcançados pelo processo de recuperação.

A renegociação direta com cada um dos credores pode ser um caminho para equacionar a dívida não sujeita à recuperação e acomodar a atual crise pandêmica. No entanto, propõe-se que a mediação pode ser utilizada para alcançar uma solução satisfatória para todas as partes envolvidas, e que de outra maneira não se sentariam à mesa com o devedor para negociar.

Nesse cenário, o presente artigo tem por objetivo analisar a utilização dos métodos de autocomposição no âmbito da recuperação judicial, especialmente com o intuito de submeter um credor, titular de crédito não sujeito aos efeitos da recuperação, à mediação realizada no bojo do processo de recuperação.

2. A Autocomposição de Conflitos na Recuperação Judicial

As iniciativas legislativas de estímulo à resolução consensual dos conflitos não são um fenômeno recente no direito brasileiro, mas ganharam novos contornos na última década. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) editou a Resolução nº 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Nos “*considerandos*” da referida Resolução, a conciliação e a mediação são tratadas como “*instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios*”, cuja implementação “*tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças*”.

O tema ganhou novo fôlego com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e da Lei nº 13.140/2015, a chamada Lei da Mediação, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Com isso, consolidou-se o chamado sistema de justiça multiportas no direito brasileiro, que tem sido visto pela doutrina como uma alternativa aos problemas da morosidade processual e da ausência de efetividade das decisões estatais¹. Nesse sistema, os métodos de solução de conflitos podem ser classificados em três grupos: (i) autocompositivos; (ii) impositivos; ou (iii) mistos.

Os métodos autocompositivos são caracterizados pela ausência de uma decisão imposta por terceiro, tendo em vista que o litígio é superado por ato dos próprios envolvidos. Note-se que não há qualquer vedação à participação de um terceiro para contribuir na solução do conflito, mas a resolução é atingida apenas pelas vontades das partes. Os mecanismos autocompositivos podem ser exemplificados, principalmente, pela mediação ou conciliação.

A mediação, segundo Alexandre Freitas Câmara, pode ser definida como “*técnica de solução de conflitos em que um terceiro, estranho ao litígio, denominado mediador, tem a função de aproximar as partes, promovendo esta reaproximação a fim de que os próprios litigantes ponham termo ao seu conflito, direta e pessoalmente*”². Nesse sentido, o art. 165, § 3º do CPC/2015 dispõe que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos³.

1 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, v. 2, p. 109.

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 151.

3 No mesmo sentido, o entendimento de Humberto Dalla Bernardina Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral: “a mediação é um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão, satisfazendo a todos os envolvidos e oxigenando as relações sociais” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 1).

A seu turno, a conciliação é, segundo entendimento de José Rogério Cruz e Tucci, “*um meio empregado em conflitos mais singelos e menos abrangentes, nos quais o terceiro normalmente se porta de forma mais ativa, embora sempre neutra e imparcial*”⁴. Dessa maneira, o art. 165, § 2º do CPC/2015 estabelece que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, mas sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Conforme sintetiza Carlos Alberto Carmona, a distinção entre a mediação e a conciliação está na maior ou menor intensidade de atuação do terceiro: na primeira forma de autocomposição, tal atuação é branda, funcionando o mediador como um potencializador das sugestões trazidas pelas próprias partes para a solução da controvérsia; já na segunda forma de autocomposição, o papel do terceiro é ativo, dinâmico, esperando-se dele sugestões viáveis para os litigantes e que possam resolver o conflito. Daí porque o mediador é visto como um “*harmonizador das partes em conflito*”, ao passo que o conciliador é tratado como “*uma verdadeira usina de ideias*”⁵.

Ao lado dos métodos autocompositivos estão os impositivos (ou adversariais), os quais contam com a presença de terceiro com poder decisório, sendo-lhe permitida a imposição de decisão para pôr fim ao litígio. Como exemplos desse grupo, podem ser citadas a arbitragem e a jurisdição estatal.

Por fim, os mistos ou híbridos são os métodos que apresentam características de ambos os grupos anteriores. O procedimento é concebido em etapas, iniciando-se com um instrumento de solução de conflitos e, na hipótese de insucesso, passa-se imediatamente à aplicação de outro método estabelecido previamente. É o caso da mediação-arbitragem ou mediação-jurisdição.

Tratando-se de processo de recuperação judicial, o meio tradicional utilizado para solucionar os conflitos é o método impositivo, por meio da jurisdição estatal. De fato, a legislação atribui ao juiz togado a competência para processar e julgar o pedido recuperacional e todas as questões subjacentes⁶.

Todavia, diante de todas as alternativas mencionadas anteriormente, surge um questionamento relevante: é possível utilizar métodos autocompositivos de solução de controvérsias – principalmente a mediação e a conciliação – no âmbito do processo de recuperação judicial? Sim, e há, pelo menos, três relevantes motivos que justificam a resposta positiva.

O primeiro motivo decorre do fato de que os métodos autocompositivos e a recuperação judicial são pautados pela autonomia da vontade.

Apesar de existirem diferentes correntes de entendimento quanto à natureza da

4 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentário ao código de processo civil**: Arts. 318 a 368. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 7, p. 175.

5 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 32.

6 Art. 3º, Lei nº 11.101/2005. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

recuperação judicial, é possível afirmar que a maior parte da doutrina⁷ e da jurisprudência⁸⁻⁹ defendem a natureza contratual do processo de recuperação judicial – há quem vá além e o classifique como um contrato plurilateral¹⁰.

É certo, portanto, que o processo de recuperação judicial tem índole contratual, com as características de um contrato plurilateral, de modo que deve prevalecer a autonomia da vontade das partes do processo (devedor e credores).

Note-se que, tal como a recuperação judicial, a mediação e a conciliação também são regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, nos exatos termos do art. 166, § 4º do CPC/2015. No mesmo sentido, a Lei nº 13.140/2015 estabelece que a mediação será orientada pelo princípio da autonomia da vontade das partes (art. 2º, inciso V).

Demais disso, cumpre ressaltar que o aspecto negocial do processo de recuperação judicial encontra terreno fértil nos métodos autocompositivos, conforme indicam Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade:

A recuperação judicial é constituída por um cenário em que o mercado – representado pelos credores da empresa em dificuldades – tenta encontrar saídas economicamente viáveis como concessão de prazos, redução de débitos, alienação de ativos ou estabelecimentos etc. Não há dúvidas que a incidência de vias criativas e flexíveis incidentais ao próprio processo consubstanciam uma negociação supervisionada. Esta, por sua vez, é iniciada pela apresentação de um plano de recuperação passível de alterações pelos credores e que passará pela votação na assembleia de credores.

7 Nesse sentido, na doutrina: (i) TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 58; (ii) ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 362; (iii) SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 234; e (iv) PENTEADO, Mauro Rodrigues. *In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 85

8 Dessa maneira, no TJRJ: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0058866-35.2019.8.19.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Helena Pinto Machado, j. 07 de fevereiro 2020; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0013375-83.2011.8.19.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011; (iii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0070144-04.2017.8.19.0000**, 22ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 18 de setembro de 2018; (iv) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0065427-90.2010.8.19.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011; (v) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0063999-73.2010.8.19.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011; entre outros.

9 Veja-se, ainda, no TJSP: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2073040-54.2018.8.26.0000**, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Grava Brazil, j. 10 de dezembro de 2018; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2050803-02.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 20 de fevereiro de 2014; (iii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2038662-48.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 20 de fevereiro de 2014; (iv) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0168318-63.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 17 de abril de 2012; (v) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2232277-32.2015.8.26.0000**, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13 de junho de 2016; (vi) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0038422-30.2012.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. 02 de outubro de 2012; (vii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0493696-79.2010.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 22 de novembro de 2011; (viii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0033028-76.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 22 de novembro de 2011; (ix) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0032073-45.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 18 de outubro de 2011; (x) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 9221637-55.2009.8.26.0000**, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Pereira Calças, j. 27 de outubro de 2009; entre outros.

10 Nesse sentido: MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça. "O exercício da autonomia privada na recuperação judicial". **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016.

A mediação serviria de auxílio para que a viabilidade da empresa se oriente por critérios objetivos em conformidade com o mercado, assim como na facilitação de uma troca de informações fecunda, base de possíveis saídas das negociações.

Poucos contextos poderiam suscitar a efetividade no uso da mediação como essa. A aproximação das discussões por meio de técnicas de facilitação e negociação multipartes pode ser de grande utilidade. Aliás, a esfera jurídica empresarial é muito fértil para o estímulo do uso da mediação. Veja-se, por exemplo, o grande aumento no recurso dessa via nos Estados Unidos por empresas e a consequente criação de uma cultura de gestão de conflitos. Os números favoráveis ao uso da mediação entre o ano de 1997 e 2011 impressionam. As conclusões de Thomas J. Stipanowich e J. Ryan Lamare denotam que “quase todas as empresas têm experiência recente com a mediação, que agora é empregada de forma mais ampla em toda a extensa faixa de conflitos cíveis, sendo que a grande maioria das empresas preveem a sua utilização futuro”.¹¹⁻¹²

Como se vê, os métodos autocompositivos criam a ambiência favorável ao soerguimento na sociedade empresária, na medida em que privilegiam a autonomia da vontade e estimulam o diálogo como ferramenta de negociação.

O segundo motivo consiste na ausência de qualquer incompatibilidade entre os métodos autocompositivos e a recuperação judicial.

A interpretação sistemática é suficiente para concluir que não há incongruência. Basta ver que a mediação pode tratar de direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que admitam transação¹³, enquanto os direitos discutidos em processos de reestruturação são, em regra, disponíveis e transacionáveis.

Vale mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) de que “*a ação em que a recuperanda figura como parte constitui processo marcado pela contraposição de interesses de índole predominantemente privada, versando sobre direitos disponíveis, sem repercussão relevante na ordem econômica ou social*”¹⁴.

Nesse contexto, afirma-se que “*não há óbice à aplicação da solução autocompositiva da mediação, uma vez que os direitos discutidos em recuperação judicial e falência são patrimoniais privados, ou seja, passíveis de transação*”¹⁵.

Não é sem razão, aliás, que o Enunciado nº 45, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (“CJF”), prevê que “*a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais*”.

Além disso, a interpretação histórico-evolutiva da Lei nº 13.140/2015 conduz à mesma

11 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. “Fundamentos: Evolução nas propostas normativas precedentes”. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 81.

12 Confira-se, no mesmo sentido: “É justamente na segunda fase do processo de recuperação, a fase de elaboração do plano, que a mediação encontra o melhor momento para se desenvolver, já que se autoriza a participação dos próprios credores na sua elaboração. O mediador, como um terceiro que não está diretamente ligado ao conflito, possui todas as condições para fomentar os interesses dos credores para que juntos com o devedor desenvolvam um plano que atenda aos interesses de ambos, proporcionando ganhos mútuos, ou seja, que viabilize a permanência da empresa no mercado, atingindo sua função social, e proporcione aos credores o seu devido pagamento” (JUSCELINO, Cristhiane Bessas. “Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019).

13 Art. 3º, Lei nº 13.140/2015. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.536.550/RJ**, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08 de maio de 2018.

15 VON SALTIEL, Augusto; VON SALTIEL, Germano. “A mediação como instrumento de efetividade em processos de recuperação judicial”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 10, out-dez./2018.

conclusão, no sentido de que não há incompatibilidade. Isso porque, ao longo da tramitação legislativa, o art. 3º continha o § 3º com a seguinte previsão: “*salvo em relação aos seus aspectos patrimoniais ou às questões que admitam transação, não se submete à mediação o conflito em que se discute (...) recuperação judicial ou falência*”. Note-se, contudo, que a limitação foi suprimida da versão final do texto, o que demonstra a ausência de qualquer restrição no ordenamento jurídico atual.

O terceiro motivo está baseado no fato de que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados pelos juízes.

Com efeito, de acordo com o art. 3º, § 2º do CPC/2015, o Estado deverá promover e estimular, “*sempre que possível*”, o emprego dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Nesse sentido, o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.

Alinhado a essa perspectiva, o CNJ aprovou a Recomendação nº 58/2019, que “*recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação*”.

De acordo com o novo regramento, o magistrado poderá, a qualquer tempo do processo, nomear mediador, a requerimento do devedor, do administrador judicial ou de credores que detenham percentual relevante dos créditos do devedor, para quaisquer questões atinentes à coletividade de credores, ou a requerimento do devedor, do administrador judicial e de credor individual, para os casos de verificação de créditos.

A única vedação ao uso da mediação diz respeito à classificação dos créditos. Por outro lado, o art. 2º da Recomendação nº 58/2019 estabelece um amplo rol – meramente exemplificativo – de hipóteses em que a mediação poderia ser implementada:

- (i) nos incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia, otimizando o trabalho do Poder Judiciário e conferindo celeridade à elaboração do Quadro Geral de Credores;
- (ii) para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia;
- (iii) para que devedor e credores possam pactuar, em conjunto, nos casos de consolidação processual, se haverá também consolidação substancial;
- (iv) para solucionar disputas entre os sócios/acionistas do devedor;
- (v) em casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e
- (vi) nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais.

Há que se ter em mente que, embora a mediação seja uma importante ferramenta para o processo de recuperação judicial, o credor, o devedor e eventuais terceiros interessados não podem ser obrigados a participar deste método autocompositivo de conflitos. É necessário que as partes voluntariamente concordem com a mediação, em verdadeiro exercício da sua autonomia privada.

Registre-se, ainda, que o incentivo à mediação na recuperação judicial é válido em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, sendo certo que o procedimento

poderá ser presencial ou on-line por meio de plataformas digitais, quando justificada a utilidade ou necessidade, especialmente nos casos em que haja elevado número de participantes e credores sediados no exterior, cabendo ao mediador ou ao Centro de Mediação prover os meios para a sua realização.

Pelo exposto, verifica-se que não somente é possível, como é recomendável utilizar métodos autocompositivos de solução de controvérsias – principalmente a mediação – no âmbito do processo de recuperação judicial.

3. A Utilização da Mediação no Processo de Recuperação Judicial: Análise de Casos

Entre os fundamentos que levaram à edição da já mencionada Recomendação nº 58/2019 estão “os diversos casos exitosos de procedimentos de mediação instaurados em processos de insolvência em curso perante as varas especializadas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro”.

Sendo assim, passa-se a analisar dois casos de procedimentos de mediação instaurados em processos de insolvência: (i) a recuperação judicial da Oi¹⁶, que tramita perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro; e (ii) a recuperação judicial da Livraria Saraiva¹⁷, que tramita perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo.

a. A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OI

Na recuperação judicial do Grupo Oi, foram instaurados cinco procedimentos de mediação com diferentes grupos de interessados: (i) a Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”), a maior credora individual das devedoras; (ii) os credores titulares de créditos de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); (iii) os credores titulares de créditos ilíquidos; (iv) os acionistas relevantes para tratar de temas de natureza societária; e (v) as partes dos processos de juizados especiais cíveis, relacionados a demandas consumeristas.

A Cláusula 4.3.2.8¹⁸ do plano de recuperação judicial¹⁹ estabelecia que as condições de pagamento dos créditos detidos pela Anatel decorrentes de multas administrativas seriam objeto de procedimento de mediação. Assim, após a aprovação do plano, a própria devedora requereu a instauração de procedimento de mediação com a Anatel, nos termos da referida Cláusula.

Após manifestação favorável do Ministério Público, o juízo da recuperação determinou a instauração de mediação entre a devedora, a Anatel e a Advocacia Geral da União (“AGU”). Vale dizer que coube ao administrador judicial nomear um mediador para conduzir o procedimento.

16 Autos registrados sob o nº 0203711-65.2016.8.19.0001.

17 Autos registrados sob o nº 1119642-14.2018.8.26.0100.

18 4.3.2.8. Créditos Classe III - Multas Administrativas. As condições aplicáveis aos Créditos Classe III – Multas Administrativas detidos pelos Credores Classe III, decorrentes de multas administrativas, descritos na Lista de Credores das Recuperandas serão estabelecidas através de transação, previamente autorizada pela diretoria da Oi e com o referendo do Conselho de Administração, de acordo com a Lei nº 9.469/1997, como resultado de mediação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob a supervisão do Juízo da Recuperação Judicial, com a participação de representantes da entidade credora e da Advocacia Pública competente, nos termos da Lei nº 13.140/2015, com a possibilidade de participação opinativa de representantes do Tribunal de Contas competente, tendo como diretrizes os seguintes parâmetros:

(i) Ações das Recuperandas voltadas a melhoria do serviço em especial com alguma relação à suposta conduta descumprida;

(ii) Conversão da multa em obrigações de fazer, podendo ser:

a. Investimentos em infraestrutura das Recuperandas; e/ou

b. Benefícios aos consumidores dos serviços prestados; e/ou

c. Levantamento de valores já depositados judicialmente para os processos relativos a essas multas administrativas.

19 Disponível em: <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Anex_o-3-parte-1.pdf>.

Além disso, a devedora propôs a realização de outra mediação com todo e qualquer credor que desejasse receber um adiantamento de seu crédito, no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O credor cujo crédito superasse essa quantia receberia o adiantamento no referido valor e o excedente na forma prevista para a sua respectiva classe no plano de recuperação judicial.

Após manifestação favorável do Ministério Público e do Administrador Judicial, o juízo da recuperação autorizou a mediação. Ocorre que a decisão foi objeto de agravos de instrumento interpostos pela Caixa Econômica Federal (AI nº 0018882-15.2017.8.19.0000), pelo Banco do Brasil (AI nº 0018325-28.2017.8.19.0000), pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (AI nº 0017885-32.2017.8.19.0000), pelo Itaú Unibanco S/A (AI nº 0019043-25.2017.8.19.0000) e pelo BNP Paribas (AI nº 0018957-54.2017.8.19.0000).

De maneira geral, os credores defenderam o estabelecimento de parâmetros prévios à mediação. Em que pese a insurgência desses credores, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”) negou provimento aos recursos, ao argumento de que seria impossível o controle prévio sobre as tratativas manifestadas no procedimento de mediação entre os credores e as recuperandas.²⁰

Destaca-se que o TJRJ reconheceu ser possível a realização da mediação na recuperação judicial, por estar de acordo com a Lei nº 11.101/2005 e o CPC/2015, bem como reforçou a ideia de concessões mútuas da mediação, afastando a possibilidade da criação de um “contrato de adesão” elaborado pela devedora.

Posteriormente, o STJ, em decisão monocrática do Min. Marco Buzzi, indeferiu liminarmente pretensão cautelar que objetivava afastar a possibilidade de o credor, contemplado na mediação com o pagamento de créditos antes da Assembleia Geral de Credores, fosse considerado para fins de quórum e deliberação por ocasião da votação em assembleia²¹.

Conforme indica Augusto Von Saltiél e Germano Von Saltiél, a confirmação da decisão que autorizou a mediação possibilitou a celebração de mais de 30 mil acordos e o pagamento a pequenos credores, que receberam, antecipadamente, créditos de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o que importou numa redução expressiva do número de credores²².

Também foi instaurado procedimento de mediação com os credores titulares de créditos ilíquidos. Nesse caso, o juízo determinou a realização da mediação com o objetivo de estimular uma composição entre credores e devedoras para a definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com impugnações e habilitações de crédito e pelos credores que ainda vão ingressar com habilitações retardatárias de créditos.

Nesse contexto, foi proposto um procedimento específico com os titulares de créditos ilíquidos considerados sensíveis (credores PEX). Os chamados “casos PEX” são casos sensíveis, devido à relevante discrepância entre os valores que os credores e as devedoras entendem como devido. A interpretação do título executivo é bastante complexa, sendo necessária, usualmente, a realização de perícia financeira.

Nesse sentido, as devedoras informaram o juízo da recuperação que, nos termos da Cláusula

20 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0017885-32.2017.8.19.0000**, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 29 de agosto de 2017.

21 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ**, rel. Min. Marco Buzzi, j. 09 de novembro de 2017.

22 VON SALTIEL, Augusto; VON SALTIEL, Germano. “A mediação como instrumento de efetividade em processos de recuperação judicial”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 10, out./dez. 2018.

4.8²³ do plano de recuperação²⁴, dariam início à mediação dos créditos ilíquidos, o que foi deferido pelo Juízo.

Não somente isso, foi instaurado procedimento de mediação com os acionistas relevantes para tratar de temas de natureza societária. Nesse caso, o juízo da recuperação determinou a instauração de um processo de mediação entre a Oi e dois de seus acionistas: a Bratel (veículo de investimento da Pharol) e o fundo Société Mondiale. Na decisão, o juízo nomeou mediadora e determinou ao administrador judicial que acompanhasse o procedimento.

Por fim, menciona-se o procedimento de mediação com as partes dos processos de juizados especiais cíveis, relacionados a demandas consumeristas. Nessa hipótese em específico, o juízo da recuperação judicial homologou os par metros²⁵ sugeridos pelas devedoras para as propostas de acordo a serem apresentadas no âmbito do procedimento de mediação com os incidentes processuais (habilita es e impugna es) decorrentes de a es propostas nos juizados sobre temas de natureza consumerista.

b. A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA LIVRARIA SARAIVA

Na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial da Livraria Saraiva, o juízo da recuperação destacou a natureza negocial do processo de soerguimento e apontou que *“não há incompatibilidade entre o modelo de negocia o entre devedor e credores, para supera o da crise e preserva o da empresa, e o modelo agora adotado para o direito processual, que admite negocia o sobre forma dos atos, prazos para a realiza o dos atos e altera o de certos atos do procedimento, desde que não haja supressão de atos essenciais do procedimento”* (fl. 5.358).

Alinhado a essa concep o, o administrador judicial informou, em sua primeira manifesta o nos autos, que instituiria um procedimento de mediação entre os diversos credores e o devedor *“com o objetivo de facilitar o diálogo entre as partes e este administrador judicial”* (fl. 6.463).

Tratou-se de procedimento voluntário, custeado pelo administrador judicial e esquematizado de forma específica para a recuperação judicial da Saraiva, a fim de atender todas as necessidades de

23 Cláusula 4.8. A Oi poderá realizar, após a Homologação Judicial do Plano, procedimento de Mediação, a ser implementado com o propósito específico de realizar acordos de modo a tornar líquidos Créditos atualmente ilíquidos.

24 Disponível em: <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Anexo-38-PRJ-modificado_Parte1-Assinado.pdf>.

25 Os parâmetros homologados são os seguintes:

(i) Nos incidentes de impugna o ou habilita o em que já houver sentença proferida por esse MM. Juízo, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que as partes reconheçam, de comum acordo, que o valor e a classe do crédito são aqueles apontados na sentença proferida, uma vez que a decisão judicial sobre o tema  , sem d vidas, a estimativa mais razoável que as partes possuem acerca do valor efetivo do crédito;

(ii) Nos incidentes de impugna o ou habilita o em que, apesar de ainda não haver sentença, a recuperanda tenha manifestado concordância com a pretensão do credor, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que seja inscrito no quadro geral de credores o valor pleiteado pelo credor, nos termos da decisão de fls. 344.335/344.340 proferida por este MM. Juízo;

(iii) Nos incidentes de impugna o ou habilita o em que, apesar de ainda não haver sentença, a recuperanda tenha manifestado concordância parcial com a pretensão do credor, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que as partes reconheçam, de comum acordo, que o valor do crédito   aquele apontado pelo Grupo Oi, acrescido de 2% (dois por cento) sobre o valor devido apurado pelas recuperandas, percentual este que foi alcançado por meio de estudo econômico, financeiro e estatístico. Verificou-se que, nos incidentes de habilita o ou impugna o em que havia divergência sobre valores entre recuperandas e credor e nos quais já há sentenças com trânsito em julgado, as sentenças proferidas por este MM. Juízo, em m dia, reconheceram que o correto valor do crédito detido pelo Grupo Oi;

(iv) Por fim, nos incidentes de impugna o ou habilita o em que o Grupo Oi entende inexistir crédito de titularidade do credor a ser inscrito no quadro geral de credores, não será apresentada proposta de acordo, uma vez que as recuperandas não podem se comprometer com o pagamento de quantias que entendem manifestamente indevidas e que onerariam ainda mais as suas finanças.

cada fase processual de acordo com o interesse dos sujeitos envolvidos.

O rito a ser adotado e o calendário das sessões foram divulgados nos autos em conjunto com o convite a todos os credores interessados. No mais, considerando que não se mostra adequado que o administrador acumule a função de fiscal e mediador, contratou-se uma equipe especializada e tecnicamente apta a realizar sessões (mediadores profissionais) para a realização do procedimento de mediação.

O procedimento foi realizado como forma de escuta ativa, dividido em duas etapas. A primeira etapa foi realizada no período até a apresentação do plano de recuperação judicial e teve como objetivo ouvir as pretensões e interesses das partes. A segunda etapa foi realizada no período entre a apresentação do plano e a convocação da assembleia geral de credores, por meio eventual caucus²⁶ entre as diversas categorias de credores e o devedor.

Comparando o plano de recuperação judicial que fora inicialmente apresentado com aquele que foi posteriormente aprovado, Cristhiane Bessas Juscelino concluiu que “o resultado das discussões travadas nas sessões de mediação realizadas fez com que houvesse mudança substancial das propostas”, gerando “um equilíbrio entre os interesses e necessidades dos envolvidos”²⁷.

4. A possibilidade de envolver credores não sujeitos na mediação em processo de recuperação judicial

Reconhecida a possibilidade de instauração do procedimento de mediação no âmbito do processo de recuperação, resta saber se é viável intimar credores não sujeitos aos efeitos do plano de recuperação judicial para participar de procedimento autocompositivo com o devedor, sob supervisão do próprio juízo e do administrador judicial.

Questiona-se, em outras palavras, o seguinte: é possível envolver um sujeito estranho ao processo na mediação judicial? A resposta – que, já adiantamos, é positiva – exige uma análise acurada das normas do CPC/2015 e da jurisprudência que tem se desenvolvido sobre o tema.

A extensão objetiva da mediação não é tema novo. Com efeito, na vigência do CPC/1973, o inciso III do art. 475-N reconhecia a natureza de título executivo judicial da “sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”.

Com o advento do CPC/2015, o art. 515 passou a prever o rol dos títulos executivos de natureza judicial, entre os quais está a decisão homologatória de autocomposição judicial (inciso II), que “pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”, nos termos do § 2º do referido dispositivo.

Note-se, pois, que o legislador manteve a extensão objetiva da mediação – ao admitir que a autocomposição verse sobre “relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo” – e acrescentou a possibilidade de extensão subjetiva do procedimento autocompositivo, na medida em que admitiu

26 Conforme explica Cristhiane Bessas Juscelino: “Caucus são sessões privadas ou reuniões entre o mediador e uma das partes, onde se permite que esta exponha seus argumentos, se esclareça alguma questão que esteja obscura, permitindo que o mediador possa descobrir eventuais ‘motivações ocultas’ para determinado comportamento que pode estar impedindo o consenso” (JUSCELINO, Cristhiane Bessas. “Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019).

27 JUSCELINO, Cristhiane Bessas. “Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019.

o envolvimento de “*sujeito estranho ao processo*”²⁸⁻²⁹.

Ficou estabelecido, dessa maneira, que a autocomposição judicial³⁰ pode envolver terceiros estranhos ao processo, bem como tratar de relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo e, uma vez homologada por sentença, constituirá título executivo judicial.

É bem verdade que o socorro ao princípio da autonomia da vontade poderia ser suficiente para sustentar a possibilidade de a mediação envolver terceiros estranhos à relação processual. De todo modo, a previsão legislativa é bem-vinda, porque encerra dúvidas de “*juízes refratários*”³¹ a respeito do assunto, estabelecendo expressamente a abrangência objetiva e subjetiva da mediação.

Nesse sentido, o TJRJ tem reconhecido a possibilidade de pessoas estranhas à relação processual participarem do procedimento de mediação judicial, ao afirmar que a “*solução consensual de conflitos constitui diretriz expressa no CPC/2015 (artigo 3º, §§ 2º e 3º), a qual se manifesta de variadas formas, sendo uma delas justamente a possibilidade de homologação de acordo judicial com sujeito estranho ao processo*”,³² e que a “*autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo*”.³³⁻³⁴

Não destoam dessa orientação o entendimento dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (“TJSP”)³⁵, Minas Gerais (“TJMG”)³⁶, Rio Grande do Sul (“TJRS”)³⁷ e Goiás (“TJGO”)³⁸.

De fato, em diversas ocasiões, a participação do terceiro no procedimento autocompositivo pode ser fundamental para o deslinde da controvérsia. Não é sem razão, aliás, que há vozes na doutrina apontando como motivo para redesignação da audiência de mediação ou conciliação (art. 334, CPC/2015) o objetivo de comparecimento de pessoa estranha à relação processual. Tal raciocínio demonstra que a importância da participação do terceiro é equiparada à participação das próprias partes, daí porque seria possível a redesignação da audiência de mediação no caso de este terceiro

28 Conforme observado por Guilherme Rizzo Amaral: “O CPC revogado previa de forma expressa que a autocomposição poderia versar sobre matéria não posta em juízo (art. 475-N, III). O art. 513, em seu § 2.º, é ainda mais claro ao especificar que tanto do ponto objetivo quanto subjetivo pode a autocomposição extrapolar o que se discute em juízo, ou seja, pode envolver tanto ‘relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo’ quanto ‘sujeito estranho ao processo’” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016).

29 Confira-se também: CAMBI, Eduardo. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

30 Naturalmente, essa conclusão é específica ao procedimento autocompositivo judicial, tendo em vista que não há sequer a noção de “partes”, enquanto sujeitos processuais, em mediação extrajudicial.

31 A propósito, veja-se: “A sentença homologatória do acordo (judicial ou extrajudicial), naturalmente constitui título executivo judicial (art. 515). E enfatiza o Código neste artigo que “§ 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”. Pode parecer lógica a possibilidade, e desnecessária a previsão, porém em diversas oportunidades já nos deparamos com juízes refratários (mesmo sem fundamento jurídico) a pedidos das partes de homologação de acordo com ampliação subjetiva ou objetiva da lide. Daí porque entendemos saudável a previsão” (CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017).

32 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0009912-89.2018.8.19.0000**, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Benedicto Ultra Abicair, j. 13 de fevereiro de 2019.

33 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0054440-82.2016.8.19.0000**, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Valéria Dacheux Nascimento, j. 24 de outubro de 2017.

34 Da mesma maneira: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0002622-86.2019.8.19.0000**, 27ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho, j. 31 de julho de 2019.

35 Veja-se: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Cível nº 1003666-14.2018.8.26.0114**, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 31 de maio de 2019; e (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2105837-20.2017.8.26.0000**, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Gilberto Leme, j. 02 de outubro de 2017.

36 Nesse sentido: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **Agravo de Instrumento nº 10521140098075003**, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Amorim Siqueira, j. 15 de maio de 2018.

37 Assim: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento nº 70074466368**, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Mylene Maria Michel, j. 22 de fevereiro de 2018.

38 Confira-se: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, **Agravo de Instrumento nº 0000498-24.2019.8.09.0000**, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Orloff Neves Rocha, j. 23 de outubro de 2019; e (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, **Agravo de Instrumento nº 0106753-06.2019.8.09.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, j. 30 de agosto de 2019.

estar impossibilitado de comparecer³⁹.

Uma vez homologado o acordo pelo juízo, o terceiro que participou da mediação deixa de ser considerado “*sujeito estranho ao processo*”, passando a estar vinculado à sentença homologatória que, vale lembrar, constitui título executivo judicial⁴⁰.

Naturalmente, isso não tem o condão de tornar os créditos titularizados por este terceiro submetidos aos efeitos do plano de recuperação judicial. Todavia, considerando a eficácia executiva da sentença homologatória, é possível propor um acordo para ser executado em paralelo ao plano de recuperação judicial, ajustando as condições de pagamentos ao cronograma financeiro do devedor.

Essas considerações são suficientes para responder à primeira parte do questionamento formulado inicialmente: é possível intimar credores não sujeitos aos efeitos do plano de recuperação judicial – e que, portanto, são sujeitos estranhos ao processo – para participar de procedimento de mediação judicial com o devedor.

Tanto é assim que a Recomendação CNJ nº 58/2020 estabelece, em seu art. 2º, inciso VI, que a mediação pode ser implementada nas diversas situações que envolvam “*credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3º⁴¹ do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais*”.

Resta saber, agora, se esse procedimento pode ocorrer sob supervisão do próprio juízo e do administrador judicial. A resposta, mais uma vez, é positiva.

A Recomendação CNJ nº 58/2020 também estabelece que os magistrados não deverão atuar como mediadores, sendo vedada ao administrador judicial a cumulação das funções de administrador e mediador, nos termos do *caput* do art. 6º.

Por outro lado, o parágrafo único do dispositivo reconhece que a possibilidade de realização de mediação não impede que o magistrado ou o administrador judicial conduzam tentativas de conciliação e negociação.

Na linha dessas previsões, é possível concluir que, apesar de o juízo da recuperação e o administrador judicial estarem impedidos de atuar como mediadores, é possível que eles conduzam as tentativas de negociação. Sendo assim, não parece haver qualquer impedimento para que o

39 Assim: “Podem ser citados exemplos práticos menos badalados de redesignação da audiência: (i) ausência do advogado de uma das partes na primeira sessão, caso seja este o fator impeditivo da realização do acordo (noção do art. 334, § 9.º, do CPC/2015); (ii) objetivo de comparecimento de diversa pessoa (terceiro), afinal a autocomposição judicial pode incluir sujeito estranho ao processo (art. 515, § 2.º, do CPC/2015)” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. “A audiência de conciliação ou de mediação no novo código de processo civil”, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 163-184, mar. 2016).

40 Assim: “Mais atenção deve se dar, porém, à previsão de que a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo. Rigorosamente, a única hipótese em que a autocomposição poderá envolver terceiro é aquela em que este terceiro venha a participar do acordo, tornando-se parte deste acordo, pela regra óbvia de que ninguém pode dispor de direito de terceiro, conforme prevê o art. 844 do CC (e.g. o terceiro pode aceitar comprar a casa objeto do litígio, desde que concordem todas as partes da lide). É isto que quis dizer o legislador, e é a isto que se deve atentar: nada impede que terceiro venha, de própria vontade, compor o acordo judicial, tanto quanto nada o impediria de fazê-lo extrajudicialmente. Porém, a partir do momento em que integrar o acordo e se sujeitar ao respectivo processo homologatório do acordo, o terceiro deixará a condição de estranho e estará obrigado a cumprir o acordo na condição de verdadeira parte que é deste título executivo judicial, sujeito às regras do cumprimento de sentença tanto quanto as partes da lide originária” (SILVEIRA, Bruna Braga; MEGNA, Bruno Lopes. “Autocomposição: causas de descumprimento e execução – um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC”, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 264, p. 473-495, fev. 2017).

41 Art. 49, § 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

procedimento autocompositivo ocorra sob a supervisão desses sujeitos processuais – tal como ocorreu na mediação da Oi com os acionistas relevantes para tratar de temas de natureza societária –, sendo certo que, em qualquer hipótese, o acordo deverá ser homologado pelo juízo.

Há claras vantagens na mediação realizada no curso do processo recuperacional, como homologação judicial para conferir ao ajuste a eficácia de título executivo judicial, mencionada anteriormente, e a maior transparência no processo de negociação das partes, permitindo-se a fiscalização do administrador judicial, dos credores e do juiz, reduzindo, assim, assimetrias informacionais e evitando acordos feitos às escuras.

Em um contexto de recuperação judicial, é sempre bom lembrar que a *“mediação tem como ponto principal o restabelecimento da comunicação e a manutenção da relação para o futuro, sabendo-se que os conflitos podem ser solucionados através da dedicação e da construção em conjunto”*⁴². Qualquer reestruturação tem mais chances de ser efetiva se as partes se comunicarem e solucionarem suas divergências pelo diálogo, razão pela qual a mediação pode ser um importante instrumento nos tempos atuais.

5. Considerações finais

Conforme visto, a mediação pode ser uma importante ferramenta à disposição do juízo da recuperação judicial, sem qualquer vedação à sua utilização no bojo desse procedimento, pois (i) os métodos autocompositivos e a recuperação judicial são pautados pela autonomia da vontade, (ii) não há qualquer incompatibilidade entre os métodos autocompositivos e a recuperação judicial, e (iii) a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados pelos juízes.

Além disso, o Código de Processo Civil, no rol dos títulos executivos de natureza judicial, prevê a decisão homologatória de autocomposição judicial, que *“pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”*. Nessa ordem de ideias, a mediação poderia envolver terceiro estranho ao processo. Uma vez homologado o acordo pelo juízo, o terceiro que participou da mediação deixa de ser considerado *“sujeito estranho ao processo”*, passando a estar vinculado à sentença homologatória que, vale lembrar, constitui título executivo judicial;

Naturalmente, isso não tem o condão de tornar os créditos titularizados por este terceiro submetidos aos efeitos do plano de recuperação judicial. Todavia, considerando a eficácia executiva da sentença homologatória, é possível propor um acordo para ser executado em paralelo ao plano de recuperação judicial, ajustando as condições de pagamentos ao cronograma financeiro do devedor.

E no atual cenário de estresse econômico-financeiro, com inúmeras empresas sofrendo com as medidas impostas para conter a crise sanitária provocada pelo novo coronavírus, espera-se uma onda de recuperações judiciais nos próximos meses e até anos. A mediação pode ser um instrumento para desafogar o Poder Judiciário em muitas das discussões surgidas nessas recuperações judiciais, entre o devedor em recuperação e os demais *stakeholders*, credores sujeitos e não sujeitos.

42 BRAZ, Rita de Cassia de Assis. “A mediação no âmbito empresarial”. In: NUNES, Ana (Coord.). **Mediação e conciliação: teoria e prática** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. “Fundamentos: Evolução nas propostas normativas precedentes”. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ**, rel. Min. Marco Buzzi, j. 09 de novembro de 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.536.550/RJ**, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08 de maio de 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, **Agravo de Instrumento nº 0000498-24.2019.8.09.0000**, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Orloff Neves Rocha, j. 23 de outubro de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, **Agravo de Instrumento nº 0106753-06.2019.8.09.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, j. 30 de agosto de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **Agravo de Instrumento nº 10521140098075003**, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Amorim Siqueira, j. 15 de maio de 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0032073-45.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 18 de outubro de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0033028-76.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 22 de novembro de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0038422-30.2012.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. 02 de outubro de 2012.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0168318-63.2011.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 17 de abril de 2012.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 0493696-79.2010.8.26.0000**, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. 22 de novembro de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2038662-48.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 20 de fevereiro de 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2073040-54.2018.8.26.0000**, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Grava Brazil, j. 10 de dezembro de 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2105837-20.2017.8.26.0000**, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Gilberto Leme, j. 02 de outubro de 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2232277-32.2015.8.26.0000**, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13 de junho de 2016.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 9221637-55.2009.8.26.0000**, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Pereira Calças, j. 27 de outubro de 2009.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2050803-02.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 20 de fevereiro de 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Cível nº 1003666-14.2018.8.26.0114**, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 31 de maio de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0002622-86.2019.8.19.0000**, 27ª Câmara Cível, rel. Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho, j. 31 de julho de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0009912-89.2018.8.19.0000**, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Benedicto Ultra Abicair, j. 13 de fevereiro 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0013375-83.2011.8.19.0000**, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0017885-32.2017.8.19.0000**, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 29 de agosto de 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0054440-82.2016.8.19.0000**, 19^a Câmara Cível, rel. Des. Valéria Dacheux Nascimento, j. 24 de outubro de 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0058866-35.2019.8.19.0000**, 4^a Câmara Cível, rel. Des. Maria Helena Pinto Machado, j. 07 de fevereiro 2020.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0063999-73.2010.8.19.0000**, 4^a Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0065427-90.2010.8.19.0000**, 4^a Câmara Cível, rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 06 de julho de 2011.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento nº 0070144-04.2017.8.19.0000**, 22^a Câmara Cível, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 18 de setembro de 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento nº 70074466368**, 19^a Câmara Cível, rel. Des. Mylene Maria Michel, j. 22 de fevereiro de 2018.

BRAZ, Rita de Cassia de Assis. “A mediação no âmbito empresarial”. *In*: NUNES, Ana (Coord.). **Mediação e conciliação: teoria e prática** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “A abrangência objetiva e subjetiva da mediação”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 531-552, jan. 2019.

JUSCELINO, Cristhiane Bessas. “Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva”, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo código de processo civil, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 163-184, mar. 2016.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, v. 2.

SILVEIRA, Bruna Braga; MEGNA, Bruno Lopes. “Autocomposição: causas de descumprimento e execução – um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC”, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 264, p. 473-495, fev. 2017.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Comentário ao código de processo civil: Arts. 318 a 368**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 7.

VON SALTIEL, Augusto; VON SALTIEL, Germano. A mediação como instrumento de efetividade em processos de recuperação judicial, **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 10, out./dez. 2018.



PARA ALÉM DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: MEDIAÇÃO COLETIVA E DIÁLOGO MULTITUDINÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

José Marinho Paulo Junior

1. Considerações Iniciais

O presente artigo perquire, com metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa qualitativo-exploratória, se novos métodos de resolução alternativa de conflitos coletivos, em um ambiente virtualizado e com aporte de “Big Data”, revistando a audiência pública como modelo único, com análise de novos meios dialógicos em massa, como “Consensus Building Approach”, “Open Space Technology”, “The World Café”, “Deliberative Polling” e “21st Century City Hall Meeting”. O recorte de pesquisa se adstringe à negociação coletiva à luz transdisciplinar¹ da ciência da resolução de conflitos, não se dedicando a estabelecer limites normativos ao conteúdo dos acordos. Em ressignificação do conceito de jurisdição, justifica-se o estudo diante da necessidade de se escrutinarem métodos outros que não o da audiência pública, ofertando instrumental dialógico multiportas.

O espírito conciliatório a cada novo dia inspira mais e mais o meio judiciário, seus métodos

¹ Ante a plurivocidade do vocábulo “transdisciplinariedade”, alinha-se aqui à semântica por Gustin e Dias (2006): exige linguagem científica dialógica, consistindo em estudo de um elemento através de diversas disciplinas, com sobreposição dos saberes (na multidisciplinariedade, ao contrário, quedam apenas justapostas), com conhecimento integrado e interativo entre as disciplinas, com relações, em etapa qualitativamente superior à interdisciplinaridade, postas em sistema total, sem fronteiras claras entre si.

e modos. A resolução alternativa de conflitos, um dos bastiões dos novos tempos, evolui de forma multifacetada, podendo dar-se por inúmeros meios, nenhum deles impassível de falhas, desafios e erros; todos, sempre em evolução. Entre os extremos opostos da autotutela e do deslinde judicial, buscam-se alternativas mais eficazes que reduzam a um só golpe o impacto de volumosa judicialização de conflitos e consubstanciem verdadeira e abreviada pacificação social.

Ao tempo em que se difundem práticas (extrajudiciais ou, ainda quando judiciais) inconventionais de resolução de conflito, tampouco se cerram os olhos aos limites destas inovadoras alternativas, que não necessariamente conduzem à obtenção de resultados superiores aos daqueles oriundos de meios tradicionais (ainda que em crise). É dizer: a facilitação de processos, individuais ou coletivos, no âmbito judicial ou fora dele, não é a cura para todos os males da crise do direito.

Danesh² assevera que, ao contrário de ser uma panaceia para todos os males, qualquer destas alternativas, por mais promissora que seja, consagrar-se-á sempre e sempre a enfrentar apenas uma parte desta crônica realidade conflitual, jamais se pretendendo combata cega e debilmente todo e qualquer problema confrontado - bem ao revés, todo método resolutivo se mostra invariavelmente impróprio para uma ampla gama de conflitos.

Não se trata, no entanto, de abandonar uma alternativa que tem se mostrado concretamente viável em inúmeros casos pelo simples fato de ser falível em outros. Trata-se sim de se manter à disposição do facilitador um leque de opções de resolução de conflito, sabendo os limites que cada uma destas enfrenta.

Sob tal enfoque, sem em uma linha sequer se perfilhar aos que decretaram, de afogadilho, a morte da neófito técnica³, reconhece-se, ao revés, a útil sobrevida de sua adoção (ou antes, de sua difusão), passando-se a criteriosamente refletir sobre os limites que, enfim, qualquer método de pacificação há de aqui ou ali enfrentar.

Se adentrando uma sala de audiência, fosse visto, à luz de alguns lampiões, um juiz com uma pena de ganso na mão a escrever à tinta uma sentença, quiçá não haveria tanta perplexidade por tão arcaico cenário. Inusitadamente, no entanto, diante de processos de larga escala, com a hercúlea busca por consenso na multidão de opiniões divergentes, silencia-se comodamente com a ultrapassada realidade.

Possibilitou-se sim, ainda que com entraves e limites exacerbados, ao Ministério Público celebrar termos de ajuste de conduta, termos de remissão, transações penais e agora acordos de não-persecução penal ou cível. Inaugurarem-se Juizados Especiais, onde, nas searas cível e penal, incentivam-se, por atos procedimentais, acordos. Há muito as Justiças de Família e de Infância enxergaram a necessidade de se criarem oportunidades de diálogo em prol dos entrincheirados em

2 Danesh fundou a Escola da Mediação Unitária ("Unity-Based Mediation"), cujas bases são a inerente transdisciplinariedade da ciência de conflito e a necessidade de customização do processo dialógico, moldando-o às peculiaridades de cada caso, sem inflexibilidades de outros métodos. Doutor pela Harvard Law School, com intensa produção acadêmica nas áreas de resolução de conflito e de direito constitucional, com ênfase em religião Baha'i e em povos aborígenes ("first nations"). Lecionou na University of British Columbia (Vancouver), na European Peace University (Austria), no Justice Institute of British Columbia (Vancouver), na University of Victoria e na Landegg International University (Switzerland), onde presidiu o Departamento de Resolução de Conflito. Cocriador do programa Conflict-Free Conflict Resolution (CFCR) e do Youth Peacebuilders Network (YPN) do *Education for Peace* (DANESH, Roshan. **Integrating Conflict Theory and Practice**. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012).

3 Tenham-se as eloquentes palavras de Adler: "*The End is Coming! Brothers and sisters, mediators and facilitators, consensus-builders and collaboration gurus: let us gather down by the river. We have much to discuss, not the least of which is that the end of mediation is upon us. In the words of William Butler Yeats, 'Things fall apart; the centre cannot hold'*" (ADLER, Peter. **The End of Mediation: An Unhurried Ramble On Why The Field Will Fail And Mediators Will Thrive Over The Next Two Decades!**. Mediate, 2013. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2020).

surdos monólogos. Mas isto ainda é muito pouco. Processos coletivos “lato sensu” ou individuais multitudinários, em que o consenso é um sonho acalentado não só pelo magistrado, desafiam ritos pensados décadas passadas para lides entre autor, réu e quiçá um terceiro interessado.

Inquéritos civis em que direitos coletivos colidentes hão de ser ponderados, sempre com a contextualização histórica local de significância de cada qual, perdem-se em audiências públicas, virtualmente inúteis, em um palco estéril de debates fervorosos que desanimam os mais articulados Promotores.

Neste sentido, Fontaine⁴, em ácida crítica ao modelo de clássico de diálogo coletivo por meio de audiências públicas, qualifica o método como um “circo” improdutivo, sendo imperioso que a ritualística moderna, ao tratar de debates ou, ainda melhor, diálogos em massa, abra portas à tecnologia de informação que atualmente os abrevia e simplifica.

Já há muito antecipava Toffler⁵, o colapso dos instrumentos clássicos para construção de consenso e a implosão do sistema decisório tradicional, com sua escala inadequada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transdisciplinares, inepto a acompanhar a velocidade crescente da realidade, inábil a lidar com altos níveis de tecnologias diversificadas, com forma obsoleta da era industrial e vácuo de liderança.

A sombria previsão ofertada na década de 80 parece tornar-se cada segundo mais real não apenas no mundo da política, mas também, e infelizmente, em nossa realidade forense. Monty⁶ professa com argúcia que, de forma onipresente, uma revolução está acontecendo, movida por uma mudança drástica na forma como nos comunicamos e que é potencializada pela mídia social, migrando de debates um-a-um para debates um-a-muitos.

Nesta esteira de ideias, inspirado no conceito de “socioconomics”, em que se postulava contrainstitivamente que o humor social orientaria o comportamento financeiro, macroeconômico e político, em notável contraste com a noção convencional inversa⁷, Qualman⁸ define “socialnomics” como o valor criado e compartilhado via mídia social e sua eficiente influência em resultados (econômicos, políticos, jurídicos, etc.).

Lyons⁹ aduz que, diante da complexidade que denomina “ciclo de engajamento” na mídia social, fica clarividente a necessidade de haver um sistema próprio, adequado, predisposto e igualmente complexo para tratamento da informação, constante, flutuante e contínua, que passa por tal meio digital. Exemplo sintomático é o fluxograma de resposta de *postings* pela Força Aérea dos Estados Unidos (U.S.A.F.), nada simplório e, ainda assim, duramente criticado por sua incompletude:

4 FONTAINE, Daniel. “Public Hearings a three-ring circus”. **24 Hours Newspepar**. Vancouver, 24 jan. 2013.

5 TOFFLER, Alvin. **Future Shock** - The Third Wave. New York: Bantam Books, 1980. Assim escreveu: “*Our so-called contemporary political systems are copied from models invented before the advent of the factory system - before canned food, refrigeration, gaslight, or photography, before the Bessemer furnace or the introduction of the typewriter, before the invention of the telephone, before Orville and Wilbur Wright took wing, before the automobile and the airplane shrunk distance, before radio and television began their alchemy on our minds, before Auschwitz industrialized deaths, before nerve gas and nuclear missiles, before computers, copying machines, birth control pills, transistors, and lasers. They were designed in an intellectual world that is almost unimaginable - a world that was pre-Marx, pre-Darwin, pre-Freud and pre-Einstein.*” (op. cit., p. 411-415).

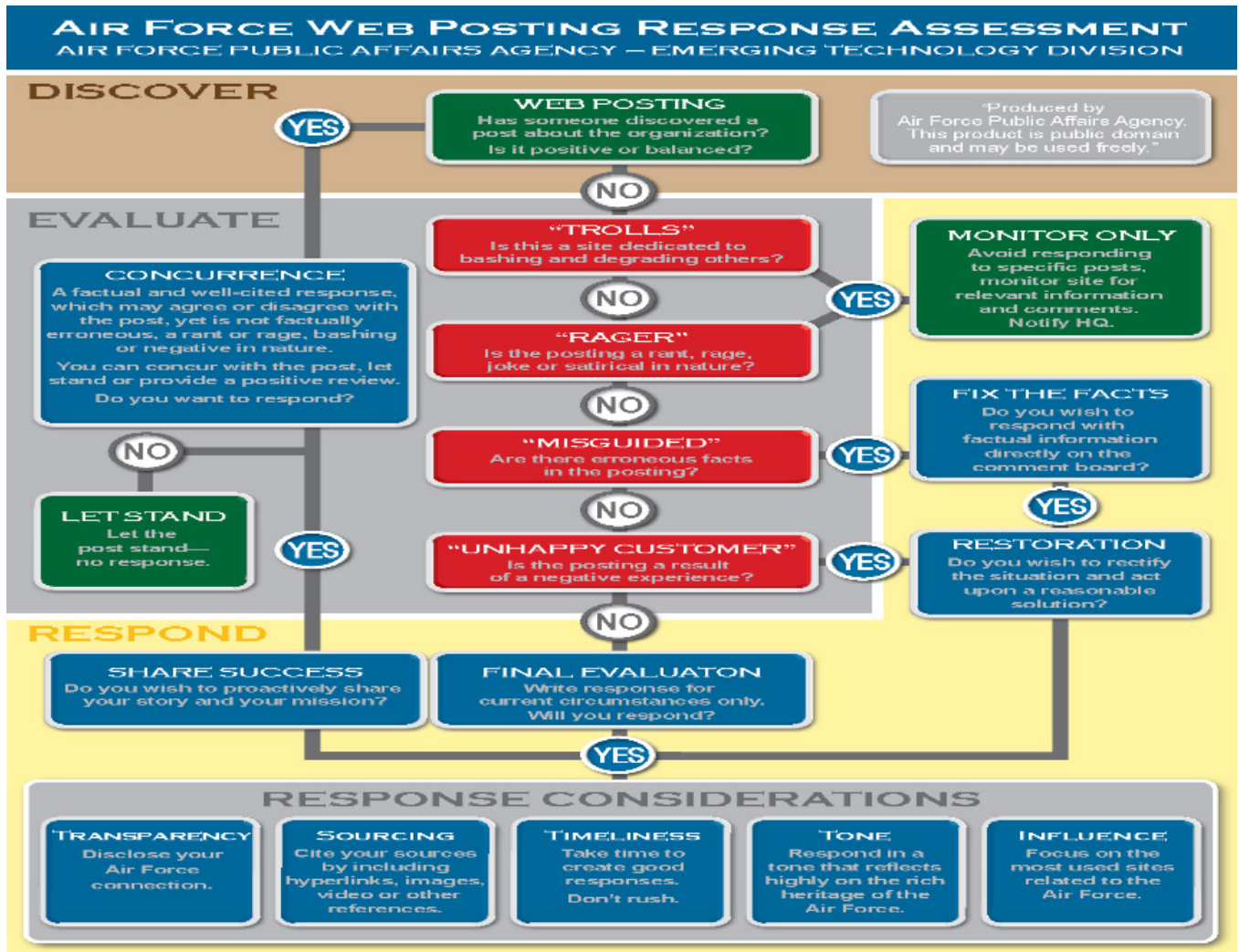
6 MONTY, 2013, apud QUALMAN, Erik. **Socialnomics**- How Social Media transforms the way we live and do business. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

7 PRETCHER, Robert R.. **What’s Going On?**. Gainesville, GA (USA): Elliott Wave International, 2003.

8 QUALMAN, Erik. **Socialnomics**- How Social Media transforms the way we live and do business. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

9 LYONS, Susanna Haas. **Social Media and Civic Engagement**. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

Figura 1 – Fluxograma de resposta de “postings” pela U.S.A.F.



Fonte: <http://commons.wikimedia.org/wiki/File:US_Air_Force_Web_Posting_Response_Assessment.png>. Acesso em: 01 mar. 2020.

E tudo sem mencionar a constante ebulição de tecnologias, como o “Open Data”¹⁰, que sonham em mudar o modo como cidadãos e governos interagem em relação a problemas que conjuntamente se prestam a enfrentar.

A complexidade desta nova realidade se descortina para todos, inclusive os operadores do Direito, sendo emblemático o vídeo “Social Media Video 2013”¹¹, cuja visualização faz enxergar a revolução nada silenciosa que toma de assalto diariamente todos os cantos da vida e do mundo.

Esta revolução é ali retratada, de forma sintética e arguta, ali, traçando um panorama desconfortante para os que ainda não se deram conta que é hora de largar a caneta tinteiro e abraçar, não sem atraso, os novos instrumentos disponíveis de interação dialógica.

10 Kopan aduz que o sucesso colaborativo do “Open Data” reside na riqueza de dados compartilhados, como estatísticas crimilógicas, mapas de trânsito ou dados financeiros, adidos ao uso criativo destes, com disponibilização aos cidadãos para, com suas ideias, habilidades de programação, pesquisas ou pura curiosidade, coloquem suas mentes graciosamente em favor do coletivo (KOPAN, Tal. **Open data shifts from apps to big issues**. Disponível em: <<http://www.politico.com/story/2013/04/open-data-shifts-from-apps-to-big-issues-89718.html#ixzz2REmDuAIY>>. Acesso em: 22 abr. 2013).

11 QUALMAN, Erik. **Socialnomics**- How Social Media transforms the way we live and do business. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

Figura 2 – Panorama da mídia social

Fonte: FredCavazza.net. Acesso em: 01 mar. 2020.

Ainda de acordo com Qualman¹², há dezenas de exemplos pertinentes à rede social, dentre eles: mais 50% da população mundial têm menos de 30 anos e 96% destes se juntaram à rede social; um a cada cinco casais se conhece por meio virtual; um a cada cinco casais diriciados reclama no Facebook; se a plataforma do Facebook fosse um país, teria a terceira maior população do mundo, com o dobro da população dos Estados Unidos; o LinkedIn recebe um novo membro cada meio segundo; Lady Gaga e Justin Bieber têm mais seguidores no Twitter que a população da Austrália; há mais pessoas jogando “Farmville” do que fazendeiros no mundo; jogos na mídia social têm receita de seis bilhões de dólares americanos, isto é, quase três vezes mais do que a receita de entradas de cinemas; o “Google Flu Trends”, considerando procuras repetitivas por palavras como “gripe” e em cruzamento com o mapeamento do “Google Maps”, é um instrumento de prevenção, em média, quatorze dias mais rápido do que o renomado Centro de Controle e Prevenção de Doenças da Georgia¹³. E a lista continuaria longamente.

Não por outra Barack Obama, em sua primeira campanha presidencial, através de uma bem sucedida estratégia de apoio via mídia social, não apenas obteve a maior arrecadação de doações da história, a um só golpe, derrotando, nas primárias democratas, o conglomerado midiático de apoio à Hillary Clinton, e se livrando de dependências de apoio de grandes fortunas e suas complicações subsequentes¹⁴ (CARR, 2008).

Não podem os legisladores nem os operadores de Direito ficar alheios ao fenômeno do

¹² Ibidem.

¹³ QUALMAN, Erik. **Socialnomics**- How Social Media transforms the way we live and do business. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013, p. 57.

¹⁴ CARR, David. The Media Equation: How Obama Tapped Into Social Networks' Power. **The New York Times**. New York, 09 nov. 2008. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/11/10/business/media/10carr.html>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

“socialnomics”, com a rotina de salas quase vazias de audiências públicas para se discutir saúde metropolitana em contrapasso a vídeos virais como o do “Where the Hell is Matt?”¹⁵, cujo conteúdo restringe-se a uma desengonçada dança executada por Matthew Harding, baterem a marca de quase 60 milhões de espectadores, por todos os cantos do mundo.

Ocorre na atualidade vertiginosa revolução negocial¹⁶ coletiva em um meio cada vez mais virtual e com necessidade de tratamento de *Big Data* – onde não se permite às instituições o simplório “opt-out”, em realidades impostas. Segundo Qualman¹⁷, se uma instituição resiste à mudança, pode rapidamente colocar-se em uma rota de declínio daqueles que falharam em entender o novo modelo de seu negócio, ainda que com uma menor fatia do mercado – ainda maior do que fatia alguma.

Resta, pois, escolher como integraremos nas rotinas pessoais e profissionais os novos instrumentos de mídia social, doravante cada vez mais presente em cada interação com o público, por meio de dezenas de aplicativos.

Figura 3 - Mídia Social e Aplicativos de Diálogo



Fonte: <https://www.iset.com.br/blog/wp-content/uploads/2013/08/social_media.jpg>. Acesso em: 01 mar. 2020.

O diálogo em massa, por meio da mídia social, torna-se uma realidade cada vez mais palpável. O Direito Processual, ainda que com passos de paquiderme, deve ampliar seus próprios instrumentos para que a sociedade seja efetivamente parte de processos coletivos – o que, vale a nota, não significa apequenar o papel do *Parquet* como seu fiel representante, mas permitir a este uma visão mais segura do quadro jurídico a si confiado. E para tanto não basta apenas buscar novos instrumentos de diálogo, mas também e principalmente adotar instrumentos de análise de grandes volumes de informação

15 HARDING, Matthew. **Where the Hell is Matt?**. 2008 (4:28). Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zlFkdbWwruY>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

16 “Negociação” em sentido amplo; incluída, pois, a negociação assistida qualificada (a mediação), esposada aqui a concepção *lato sensu* de URY, William. FISHER, Roger. **Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In**. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992. Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o “Uniform Mediation Act”, que dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

17 QUALMAN, Erik. **Socialnomics- How Social Media transforms the way we live and do business**. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

(“Big Data”) para os quais os tradicionais métodos são ridiculamente insuficientes, inadequados, impróprios¹⁸.

Bittle, Haller e Kadlec¹⁹ acrescentam que o engajamento digital e a participação virtual amadureceram e produziram uma ampla variedade de métodos coletivos que ajudam a criar um ambiente focado de diálogo produtivo para construção conjunta de soluções, superando debates ideológicos e posições políticas, sempre presentes, com inclusão de vozes minoritárias.

Sob tais luzes, ao se olhar para o cenário jurídico-processual, em demandas processuais coletivas, não é bastante a adoção de adequado veículo de diálogo em massa. Há de se lançar mão, de igual forma, de instrumento de análise quantitativo-qualitativa da informação complexa, sob pena de perda ou incompreensão de tais dados. Colher dados em massa e extrair significado e sentido destes são tarefas que andam de mãos entrelaçadas.

2. Melhores Práticas Engajamento Público em Larga Escala:

Dentre as novas tecnologias disponíveis para diálogo em massa, cujo alcance não se limita a searas metajurídicas e que, ao revés, mostram-se de inestimável valia à resolução de conflitos no campo do Direito, destacam-se as que dão nome ao presente capítulo, todas afetas a engajamento público.

Sem desconsiderar o elo humano entre os que se comunicam, tais tecnologias para engajamento em larga escala valem-se profusamente da mídia social como um dos instrumentos basilares neste novo cenário em que técnicas face a face complementam diálogos virtuais – combinação esta que potencializa os resultados, mantendo os participantes ativamente conectados ao esforço dialógico, com coleta de seus contribuições e com verdadeira adesão ou “buy-in”²⁰.

Salutar e oportuno o conselho dado pela National Coalition For Dialogue And Deliberation²¹ no sentido de que a melhor prática é sempre a de desenvolver o diálogo com lastro nos objetivos concretos e na audiência específica de cada iniciativa.

Detalham-se, neste diapasão, quatro dos mais exitosos exemplos postos em prática na atualidade.

2.1 “Consensus Building” (Construção de consenso) – C.B.A.:

A nova geração de professores do “Program on Negotiation Negociação” (PON) da Harvard Law School, sem descurar ou questionar quaisquer dos pilares da teoria de negociação baseada em princípios e interesses desenvolvida por seus antecessores, vêm buscando entrever novas linhas

18 Black elenca diversos problemas que o engajamento através da mídia social pode acarretar: extensão por maior período de tempo e com maior intensidade; elevada necessidade de estrutura de resposta; ambiente virtual de baixo contexto ou pouca densidade comunicativa; anonimato de atores; diferença de tempo e espaço quanto às discussões presenciais; perda de fio condutor das trocas de mensagens (BLACK, Laura. **The Promise And Problems Of Online Deliberation**. Ohio: Kettering Foundation, 2011).

19 BITTLE, Scott; HALLER, Chris; KADLEC, Alison. **Promising Practices in Online Engagement**. New York: Public Agenda, 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/davenport-institute/content/pa_cape_paper3_promising_mech2.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

20 BITTLE, Scott; HALLER, Chris; KADLEC, Alison. **Promising Practices in Online Engagement**. New York: Public Agenda, 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/davenport-institute/content/pa_cape_paper3_promising_mech2.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

21 NATIONAL Coalition for Dialogue and Deliberation. **Resource Guide on Public Engagement**. Web Distributable Version. [S.l.]: [s.n.], 2010. Disponível em: <http://www.ncdd.org/files/NCDD2010_Resource_Guide.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

de negociação, em cenários mais complexos dos que os de conflitos entre poucos indivíduos sobre interesses que apenas lhes toquem.

Para tanto, apresentam o modelo de abordagem de construção de Consenso, cuja base teórica, repita-se, coincide com a proposta por Ury e Fisher²². Desafiam o sistema parlamentarista de votação por maioria (simples, absoluta ou qualificada) e sugerem a adoção de um sistema de negociação coletivo em que, com a oitiva autêntica dos participantes e a integração de seus diversos interesses, criativamente sejam adotadas soluções consentidas, senão unânimes. E ainda mais do que isto, integrarem esforços e vontades para que tais soluções sejam efetivamente implementadas.

De acordo com Susskind e Cruikshank²³, o C.B.A. consiste em meio para que um grupo ou organização alcancem um acordo quase unânime e implementem o ajuste de forma bem-sucedida. C.B.A., portanto, não significa unanimidade, mas consenso informado, em um esforço para alcançá-la, mas, quando necessário, um ajuste com o apoio de quase todos os integrantes

O sistema de votação pensado pelo General Henry Martyn Robert é adotado mundialmente como guia de procedimentos legislativos, reduzido à vitória pelo voto da maioria e a labirintos rituais, sofre de inúmeros defeitos, cuja origem histórica ajuda a explicar, sendo o maior deles o de ontologicamente pretender evitar conflitos e não o de integrar interesses na busca da melhor solução.

Nascido em 1837, de perfil rígido e religioso, foi alçado aos 30 anos de idade ao posto de General do Corpo de Engenheiros do Exército dos Estados Unidos, sendo enviado a San Francisco, cidade que enfrentava a corrida do ouro, à beira da guerra civil e com recém-inaugurada estrada de ferro. Uma cidade em que empresários precisavam muitas vezes realizar grandes reuniões em busca de apoio de seus projetos. Corriqueiras confusões migravam das salas de encontro para o gabinete do General Robert, que, após quase uma década lidando com tais pelepas, escreveu um guia para ordem (e não para obter a melhor solução) em encontros tais. A crueza de suas palavras merece ser transcrita:

“In this country, where customs are so slightly established and the published manuals of parliamentary practice so conflicting, no society should attempt to conduct business without having adopted some work upon the subject (...) it is necessary to restrain the individual somewhat, as the right of an individual, in any community, to do what he pleases, is incompatible with the interests of the whole”²⁴.

Em releitura dos princípios gerais esposados por Robert²⁵, Susskind e Cruikshank²⁶, afirmam que os encontros orientados à moda do General Robert perdiam-se em moções, votações e maiorias. Obtido por um grupo o quórum necessário para fazer aprovar sua moção, nada mais há que lhe

22 URY, William. FISHER, Roger. **Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In**. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992.

23 SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results**. New York: Oxford University Press, 2006.

24 Apud SUSSKIND, Lawrence E. CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results**. New York: Oxford University Press, 2006.

25 “1. All members have equal rights, privileges, and obligations; rules must be administered impartially; 2. The minority has rights which must be protected; 3. Full and free discussion of all motions, reports, and other items of business is a right of all members; 4. In doing business the simplest and most direct procedure should be used; 5. Logical precedence governs introduction and disposition of motions; 6. Only one question can be considered at a time; 7. Members may not make a motion or speak in debate until they have risen and been recognized by the chair and thus have obtained the floor; 8. No one may speak more than twice on the same question on the same day without permission of the assembly. No member may speak a second time on the same question if anyone who has not spoken on that question wishes to do so; 9. Members must not attack or question the motives of other members. Customarily, all remarks are addressed to the presiding officer; 10. In voting, members have the right to know at all times what motion is before the assembly and what affirmative and negative votes mean” (PRETCHER, Robert R.. **What's Going On?**. Gainesville, GA (USA): Elliott Wave International, 2003).

26 SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results**. New York: Oxford University Press, 2006.

incentive a ouvir o interesse de outras partes, enfraquecendo sistematicamente a estabilidade de soluções adotadas por majorias flutuantes, com a perda de oportunidade de se beneficiarem de eventual criatividade ou expertise de minorias.

São ásperas as críticas tecidas por Susskind e Cruikshank²⁷. Se as regras são densas e formais, constroem-se a partir da maioria, sem confiança mútua, sem legitimidade decisória e sujeita à manipulação da mídia ou de membros mais articulados e conhecedores do rito, permeável à troca de votos (“logroll”) e coalisões oportunistas, desconsiderando divergências minoritárias, que quedava desprotegida – o oposto do que é esperado em uma democracia. Tudo com o *aftershock* de a minoria, ao reconquistar posição majoritária, entender que a tudo pode mudar.

Mina²⁸ desnuda a presunção de que a maioria está sempre certa. Em qualquer processo decisório em que o maior número de votantes vença, a única coisa que passa a importar seria os números em si – o que faz surgir majorias agressivas que forcem surdamente suas posições contra as de minorias, sem ouvir dados ou contraposições oferecidas e que poderiam enriquecer o debate, quiçá levando a consenso. Decisões estritamente tomadas assim padecem de vícios de ignorância, egocentrismo e adversarialidade, revivendo a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios.

Tudo sem contar a distorção matemática que usualmente vitimizam votações. Nem sempre a maioria obtém o que a maioria deseja – o que foi percebido já no final do século XVIII pelo Marquês de Condorcet, estudioso de probabilidades, que observou que, por meio de votação estratégica, poderia ser subvertida a vontade majoritária.

Arrow²⁹ chamou tal conclusão contraintuitiva de Teorema da Impossibilidade. Segundo o Paradoxo de Arrow, quando eleitores possuem três ou mais distintas alternativas, uma votação sem ordem de preferência pode converter subpreferências individuais em preferências primárias coletivas, sem que, de fato, o sejam.

Em um exemplo simplório, se perguntarmos a dez pessoas, qual o sabor preferido de sorvete (morango, chocolate ou creme³⁰), dando-lhes a oportunidade de votarem em até três sem explicitarem grau de preferência, a votação poderá ser subvertida se, mesmo “chocolate” sendo o sabor por qual nove sejam loucamente apaixonados (com a exceção de um votante que optasse pelos demais sabores), “morango” seria a escolha majoritária se posto como terceira e última opção por todos, ainda quando assim somente lá estivesse circunstancialmente pela indiferença entre os demais sabores ou quaisquer outros (simplesmente para não deixarem uma opção em branco). E o mesmo pode ocorrer, por evidente, em eleições para Procurador-Geral de Justiça, o voto é plurinomial, mas sem graduação de preferência³¹.

A construção de consenso adota cinco passos básicos (afora a fase de pré-negociação): reunião; definição de papel e responsabilidades; facilitação de solução de problemas; obtenção de acordo; comprometimento dos participantes.

28 SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules** – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results. New York: Oxford University Press, 2006.

28 MINA, Eli. Is The Majority Always Right?. **Elimina**, jun 2012. Disponível em: <<http://www.elimina.com/insights/shared-jun12.html>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

29 ARROW, Kenneth Joseph. **Social Choice and Individual Values**. New York: John Wiley & Sons, 1951. Disponível em: <<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

30 O exemplo dado por Arrow é mais elegante e propõe alternativas entre desarmamento, guerra quente e guerra fria (ARROW, Kenneth Joseph. **Social Choice and Individual Values**. New York: John Wiley & Sons, 1951. Disponível em: <<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020).

31 Sobre a temática voltada à realidade parquetiana, vide Paulo Junior, onde se aprofunda o exame da dinâmica de votação plurinomial na formação de lista tríplice a ser apresentada ao Governador para sua escolha do Chefe do Ministério Público estadual (PAULO JUNIOR, José Marinho. “A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinomial para Procurador-Geral de Justiça”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 56, abr./jun. 2015, p. 145-150).

Na reunião, define-se o problema posto e os atores que precisam vir à mesa, estabelecendo como trazê-los ao esforço colaborativo, completando, então, tratativas preliminares a um diálogo produtivo. Passo seguinte é o de definição de funções e responsabilidades, esclarecendo quem liderará, quem facilitará (eventualmente alguém de fora) e quem será o escriba (a guardar por escrito a memória dos eventos, para fins de consulta e de escrutínio futuro), definindo regras básicas de interação, inclusive sobre como observadores poderão intervir. Terceiro passo consiste na facilitação em si da resolução do problema pelo grupo, gerando propostas mutuamente vantajosas e confrontando divergências de forma respeitosa, colhendo-se a melhor informação disponível e criando amplo leque de soluções, em esforço conjunto de atender aos interesses de todos. Em seguida, o passo pertinente à decisão em si, que não consiste em uma simplória votação por maioria, buscando a melhor opção coletiva, documentando como e por que o consenso foi alcançado. Cria-se um sistema de validação do acordo junto àqueles que os atores representam, possibilitando rediscussão para reajustes. Por fim, o momento de execução do acordo, que significa mais do que fazer com que os pactuantes cumpram o apalavrado, garantindo a continuidade da interação para que problemas inesperados sejam resolvidos conjuntamente³².

Anote-se a fina ironia de que a construção de consenso pode vir a desaguar em uma votação no caso de empate insuperável, com ela convergindo nesta singular hipótese. Nada obstante, o C.B.A. difere fundamentalmente da votação majoritária, já que busca integrar perspectivas diversas na criação da melhor opção coletiva.

A liderança no “Consensus Building Approach” também é outro diferencial, uma vez que não é tido como messiânico, contando o método com o compromisso de cada participante dedicar-se a melhorar o pacote de propostas em discussão.

Tal método tem aplicabilidade não apenas diante de conflito interpessoais menores, mas também para o deslinde de grandes e complexos embates, como, por exemplo, sobre política pública, onde, na forma tradicional de sua imposição unilateral, há sempre uma forte oposição, muitas vezes desembocando em concessões mútuas e em resultados menores para todos os envolvidos, quando não terminam em disputas judiciais.

Cabe pontuar, em contrapartida, que seria irrealista a expectativa de um “resgate conciliatório” por agências administrativas, cujos perfis as tornaria inepta a mediar conflitos, na medida em que sua predileção seria a de reforçar seus atos regulatórios e a de manter direcionamentos antepostos. A paquidérmica característica do Estado em seu agir, ditado não pela má vontade de seus agentes, mas pela teia burocrática e legal que lhes atam as mãos, impõe a redefinição de liderança para que o modelo possa ser usado.

Para causas denominadas “distributivas” (onde conceitos de direitos constitucionais fundamentais estejam sendo discutidos), a solução judicial seria mais adequada, ainda quando imprópria para lidar com multidões e com incertezas científicas, ambas inerentes a este tipo de lide³³ – do que discordam Ury e Fisher³⁴, que, refletindo sobre disputas religiosas, a negociação extrajudicial seria altamente recomendável, ao invés do ambiente processual adversarial.

32 SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking The Impasse** – Consensual Approaches To Resolving Public Disputes. Basic Books, 1987.

33 SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules** – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results. New York: Oxford University Press, 2006.

34 URY, William. FISHER, Roger. **Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In**. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992.

2.2 “Open Space Technology” (O.S.T.):

“Open Space Technology” (O.S.T.) requer que apenas alguns pontos sejam antecipados: o tema deve ser claro e atrair interesse; o grupo deve ser interessado e comprometido; tempo e lugar devem estar disponíveis. Noutras palavras, agendas detalhadas, planos e materiais de apoio não são apenas desnecessários, como também podem ser contraproducentes.

O formato é simples: formado um círculo³⁵ e após breves apresentações, qualquer pessoa apresenta um tópico, afixando uma nota escrita em um mural, anunciando ao grupo. Após todas as ofertas, os participantes escolhem em qual tema desejam participar, negociando junto a cada tópico alterações, programação e tarefas. Permite-se ao participante deslocamento entre grupos a seu bel prazer (“polinização”). O resultado – ou a ausência deste - é livremente definido pelo grupo.

Sobre as vantagens desta tecnologia, Owen³⁶ defende que é um método divertido, rápido, barato e simples para reuniões mais produtivas, permitindo que as pessoas experimentem uma qualidade diferente de organização na qual grupos de trabalhos autogeridos são a regra e a liderança, compartilhada, em empoderamento pessoal de cada participante, sendo a diversidade fonte de soluções e não obstáculo. E no final, há uma escolha instigante de fazer de novo, fazer melhor ou fazer o mesmo.

Apropriado a problemas caracterizados por alta complexidade com profunda diversidade (de pessoas), cuja solução sofre constrição temporal, valendo-se de dois valores fundamentais: paixão (para as pessoas participarem) e responsabilidade (para cumprir os ajustes). As problematizações propostas são elaboradas para que se chame a atenção, sem restrições ou especificações demasiadas, deixando espaço aberto (“open space”, daí a denominação) para a criatividade.

A liderança no O.S.T. é absurdamente simples e, ao mesmo tempo, bastante complicada. A simplicidade deriva do fato de que o grupo deverá definir sua própria liderança, ao passo que a dificuldade está em deixar que isto aconteça. Cabe ao organizador do evento, contendo seu próprio ego, não se intrometer na condução dos trabalhos – o que se pode mostrar contraintuitivo. Trata-se aqui de exemplo cabal de “liderança sem controle”, conceito indigesto para muitos dos que têm o dever rotineiro de presidir atos. Nas palavras de Owen³⁷:

“Sensitive leaders today, in a world marked by progressively expanding Open Space, know all too well that most of what they have to deal with is beyond their control, and maybe out of control. Leadership defined as control can only fail”.

A dinâmica se assenta em autoexplicativos: (1) quem quer que venha será a pessoa certa para vir; (2) o que quer que aconteça será a única coisa que deveria acontecer; (3) não importa quando começar será a hora certa (4) quando acabar, acabou. Há, enfim, a “Lei Única” ou “Lei dos Dois Pés”: cada indivíduo é igualmente responsável pelo sucesso da reunião, devendo usar os meios de que disponha para fazer diferença, movendo-se para onde seja útil, sem hostilidade ou reprovação.

35 Empregam-se quatro símbolos: o círculo, que favorece a comunicação igualitária; o respiro, que permite intervalos de reflexão; o quadro de avisos, que provê aos participantes um local de comunicação e dá visibilidade ao grupo sobre tudo o que ocorre, permitindo que cada qual faça escolhas informadas; o mercado, onde todos se reúnem, trocam informações e negociam.

36 OWEN, Harrison. **A Brief User's Guide To Open Space Technology**. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers. 2008, p. 89.

37 OWEN, Harrison. **A Brief User's Guide To Open Space Technology**. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers. 2008, p. 89.

Figura 4 - Panorama de Encontro de O.S.T.

Fonte: <www.theinnovationagency.com/openspace>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Nem sempre será apropriado seu uso. Há facilitadores controladores que não podem liderar tal método, sendo mesmo contraprodutivo. É efetivo quando real aprendizado e inovação estão em pauta³⁸, em um ambiente de incerteza, mas, em cenários de alta previsibilidade, a tecnologia dialógica é frustrante e representa perda de tempo, não tendo sentido revisitar criativamente a implementação de ferramentas conhecidas e consolidadas com o intuito único de replicá-las.

2.3 “The World Café”:

O “World Café” consiste, em breves linhas, em uma tecnologia de diálogo bastante inovadora que busca prover ambiente colaborativo a uma rede de interações vivas e dinâmicas. Sua ampla aceitação pode ser aferida pelo sucesso pode ser aferido pela adoção como plataforma inspiradora de dezenas de modelos de diálogos, dentre os quais “Creative Cafés”, “Knowledge Cafés”, “Strategy Cafés”, “Leadership Cafés”, “Marketing Cafés” e “Product Development Cafés”.

Esta tecnologia de diálogo inovadora busca prover um ambiente colaborativo mediante a “polinização” de ideias discutidas originalmente em grupo cujos indivíduos trocam informações, aprofundando a compreensão coletiva do tema proposto.

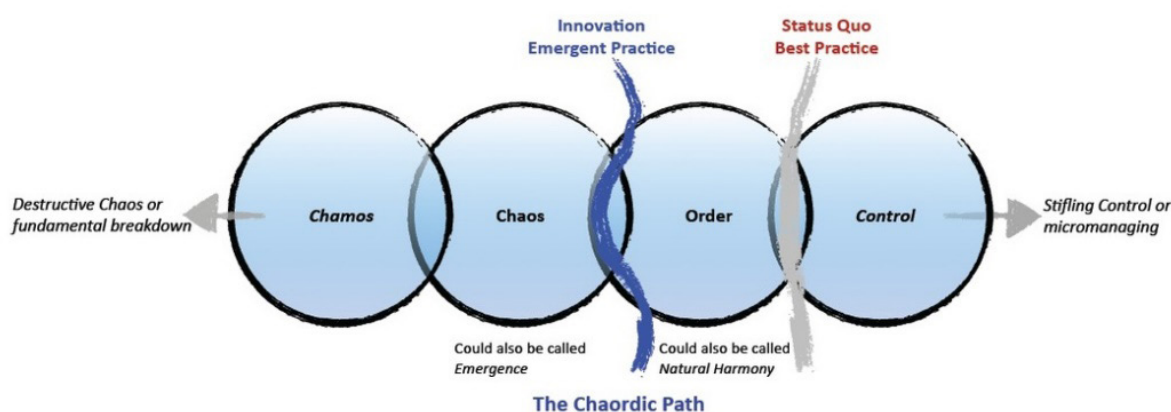
Formam-se grupos de conversação de quatro ou cinco pessoas, em rodadas de até trinta minutos de conversa, onde perguntas de relevo para a comunidade são postas e discutidas. Ao final da primeira rodada, uma pessoa ali permanecerá como “anfitriã” e as demais irão para outras mesas, como “viajantes” ou “embaixadores do conhecimento”. Nas rodadas seguintes, o anfitrião discorre brevemente sobre os achados do grupo, pondo em rediscussão com os novos viajantes, em encorajamento de interligação de ideais entre as mesas diversas. Eventualmente, o viajante pode optar em retornar à sua mesa e rediscutir, com novo olhar, o problema. Na última rodada, os

38 Não por outra o O.S.T. é tido como embrionário ao “Google Ventures Sprint Design”, que hoje orienta o processo criativo da empresa Google (HAWKINS, Peter. **Leadership Team Coaching: Developing Collective Transformational Leadership**. 3rd ed. New York: Kogan-Page, 2017).

viajantes retornam à sua mesa de origem sintetizar o que ouviram nas outras, iniciando-se período de compartilhamento global de descobertas e “insights”, consolidando o conhecimento coletivo e, definido o resultado almejado, possibilidades de ação futura, previstos tempo, esforço e trabalho envolvidos para este fim (“colheita”).

Corrigan³⁹ aponta diversas vantagens desta técnica: o diálogo denota uma ação; o convite para o engajamento já inicia o diálogo; planejam-se resultados e não apenas uma singela audiência com ritos burocráticos; admite cenários simples, complexos, complicados, caóticos ou até, na acepção de Hock⁴⁰, “caórdicos”.

Figura 5 - O Caminho Caórdico



Fonte: <<http://www.aositoronto.weebly.com>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

2.4 “21st Century City Hall Meeting”:

O “21st Century Town Meetings” articula, por meios presenciais e virtuais, informação em larga escala a um amplo número de pessoas, no mesmo local ou em inúmeras localidades, de forma simultânea.

Inclui os seguintes elementos: discussão informada e facilitada, com participantes em mesas de até dez pessoas, em auditório com o facilitador-líder apresentando fatos-chaves sobre o tema. A discussão é, então, aprofundada com o auxílio de facilitadores em cada mesa. Com uso de tecnologia participatória, todas as vozes são ouvidas, compartilhados “insights” de uma mesa com todo o auditório. Gravam-se os acordos de cada mesa, sendo instantaneamente transmitidos à equipe responsável em consolidar os dados de todas as mesas, com resultado coletivo apresentado a todos os participantes. Ao final, cada indivíduo pode votar eletronicamente de acordo com sua convicção pessoal. Por meio de priorização coletiva, os temas e o sistema de votação permitem rapidamente sumarizar prioridades e identificar pontos de consenso.

Experimentada com sucesso em um leque surpreendentemente variado de diálogos, públicos

39 CORRIGAN, Chris. **The Chaordic Steeping Stones**. Art of Hosting, 2012. Disponível em: <<http://www.theartofhosting.com>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

40 Primeiro a descrever sistemas simultaneamente caóticos e ordenados, cunhou o termo “caórdico”, paradigmática ideia que hoje orienta incontáveis sistemas de gestão por todo o mundo. Fundou, com base neste conceito, a empresa VISA de cartão de crédito (HOCK, Dee Ward. **One from Many**: VISA and the Rise of Chaordic Organization. New York: Berrett-koeehler Publishers, 2005, p. 305).

e privados, segundo estudo de casos pela AmericaSpeaks⁴¹, com engajamento de mais de cento e sessenta e cinco mil pessoas em mais de cinquenta estados americanos e ao redor do mundo, com participação cívica em larga escala.

Figura 6 – Legado de Vinte Anos do AmericaSpeaks



Fonte: <[www.http://slideshare.net](http://slideshare.net)>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Já se deliberou sobre temas dos mais diversos e complexos, com inclusão de milhares de pessoas: o redesenvolvimento do local do World Trade Center, a reconstrução de New Orleans após o furacão Katrina, a reforma do sistema de saúde da Califórnia, a epidemia de obesidade infantil, a necessidade crescente de serviços em favor de autistas, as estratégias para sustentabilidade fiscal futura e para retomada do crescimento econômico, a seguridade social Americana, o orçamento municipal participativo e planejamento estratégico de Washington/DC, dentre outros.

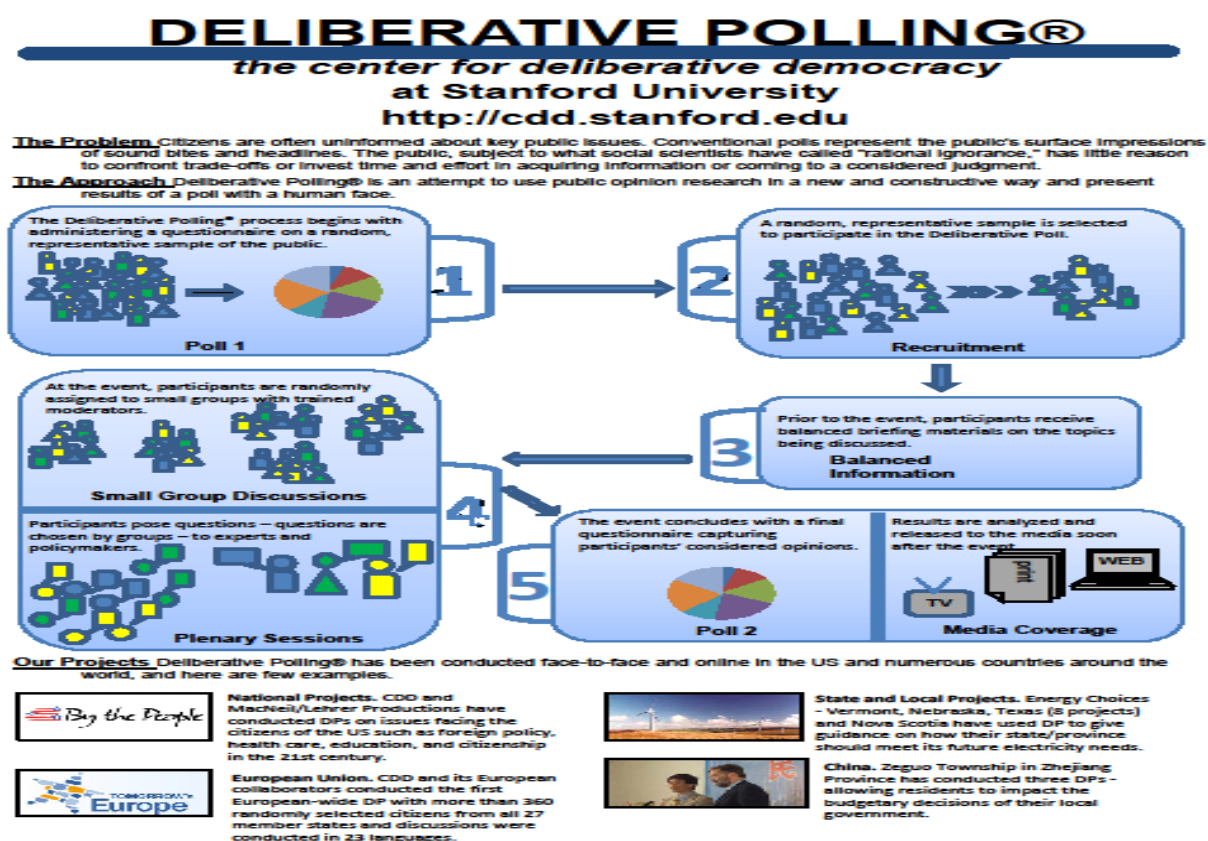
2.5 Pesquisa Deliberativa (“Deliberative Polling”):

O pressuposto teórico a partir do qual foi edificado o *Deliberative Polling* é o de que a grande massa de nossa sociedade é desinformada, sujeita à “ignorância racional”, por desestimulada a enviar maiores esforços para obter informações cruciais para diálogos que se reproduzem infinitamente ao redor de suas vidas. Pesquisas de opinião convencionais apenas captam a superficialidade do pensamento dos indivíduos ouvidos.

41 AMERICASPEAKS. **AmericaSpeaks**: A Legacy of Critical Innovations in Deliberative Democracy and Citizen Engagement. Web Distributable Version. [S.I.]: [s.n.], 2013. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/JohnCavanaugh2/america-speaks-legacyprint>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

Tal método, por meio de uma série preestabelecida de reuniões e votações, pretende superar tal obstáculo. Após a primeira coleta de informações junto a um público pré-selecionado, com envolvimento na matéria (“público investido”), estas pessoas são distribuídas aleatoriamente em grupos de discussões, submetendo-as, posteriormente, a uma série de palestras com especialistas, com material de estudo disponibilizado, para que, em um etapa final, nova pesquisa seja feita, com suposto ganho qualitativo e divulgação na mídia dos resultados para conscientização pública.

Figura 7 - Fluxograma de Pesquisa Deliberativa



Fonte: <<http://www.cdd.stanford.edu>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Expõe Fishkin⁴², criador do método, que é uma tentativa de se usar a televisão e a pesquisa de opinião pública de um modo novo e construtivo. A submissão de materiais técnicos aos participantes é balanceada cuidadosamente e os especialistas participam do debate com os participantes e líderes políticos, sendo parte do evento televisionado, ao vivo ou editado. A deliberação final é feita com a indagação das mesmas perguntas iniciais, obtido, então, resultado informado, qualitativamente superior.

3. Conclusões Finais

Responde-se, pois, positivamente à hipótese problematizada: há necessidade de se escrutinarem métodos outros que não o da audiência pública, ofertando instrumental dialógico multi-portas. Vetustos meios e modos de resolução de conflitos não de sofrer necessário influxo da mídia social,

42 FISHKIN, James S. **When The People Speak**: deliberative democracy and public consulting. New York: Oxford University Press Inc., 2009.

dos avanços tecnológicos e da aceção coletiva de direitos. A modernização ritual com engajamento público em massa e análise de grande volume de dados está longe de ser simplória e não é imune a críticas, sendo, contudo, hoje impositiva a realidade, sob pena de falência total do sistema judiciário de pacificação social. Conclui-se que, consoante o perfil de cada conflito, há de se amoldar a técnica de engajamento e facilitação, guardada a ainda utilidade de meios dialógicos tradicionais.

4. Referência Bibliográfica

ADLER, Peter. **The End of Mediation: An Unhurried Ramble On Why The Field Will Fail And Mediators Will Thrive Over The Next Two Decades!**. Mediate, 2013. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ARROW, Kenneth Joseph. **Social Choice and Individual Values**. New York: John Wiley & Sons, 1951. Disponível em: <<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

AMERICASPEAKS. **AmericaSpeaks: A Legacy of Critical Innovations in Deliberative Democracy and Citizen Engagement**. Web Distributable Version. [S.l.]: [s.n.], 2013. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/JohnCavanaugh2/america-speaks-legacyprint>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BITTLE, Scott; HALLER, Chris; KADLEC, Alison. **Promising Practices in Online Engagement**. New York: Public Agenda, 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/davenport-institute/content/pa_cape_paper3_promising_mech2.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BLACK, Laura. **The Promise And Problems Of Online Deliberation**. Ohio: Kettering Foundation, 2011.

CARR, David. "The Media Equation: How Obama Tapped Into Social Networks' Power". **The New York Times**. New York, 09 nov 2008. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/11/10/business/media/10carr.html>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CORRIGAN, Chris. **The Chaordic Steeping Stones**. Art of Hosting, 2012. Disponível em: <<http://www.theartofhosting.com>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

DANESH, Roshan. **Integrating Conflict Theory and Practice**. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

FISHKIN, James S. **When The People Speak: deliberative democracy and public consulting**. New York: Oxford University Press Inc., 2009.

FONTAINE, Daniel. "Public Hearings a three-ring circus". **24 Hours Newspepar**. Vancouver, 24 jan. 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006.

HAWKINS, Peter. **Leadership Team Coaching: Developing Collective Transformational Leadership**. 3rd ed. New York: Kogan-Page, 2017.

HOCK, Dee Ward. **One from Many: VISA and the Rise of Chaordic Organization**. New York: Berrett-Koehler Publishers, 2005, p. 305.

KOPAN, Tal. **Open data shifts from apps to big issues**. Disponível em: <<http://www.politico.com/story/2013/04/open-data-shifts-from-apps-to-big-issues-89718.html#ixzz2REmDuAlY>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

LYONS, Susanna Haas. **Social Media and Civic Engagement**. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

MINA, Eli. Is The Majority Always Right?. **Elimina**, jun 2012. Disponível em: <<http://www.elimina.com/insights/shared-jun12.html>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

MONTY, Scott. Foreword. *In*: QUALMAN, Erik. **Socialnomics- How Social Media transforms the way we live and do business**. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

NATIONAL Coalition for Dialogue and Deliberation. **Resource Guide on Public Engagement**. Web Distributable Version. [S.l.]: [s.n.], 2010. Disponível em: <http://www.ncdd.org/files/NCDD2010_Resource_Guide.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

OWEN, Harrison. **A Brief User's Guide To Open Space Technology**. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers. 2008, p. 89.

PAULO JUNIOR, José Marinho. “A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinominal para Procurador-Geral de Justiça”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 56, abr./jun. 2015, p. 145-150.

PRETCHER, Robert R.. **What's Going On?**. Gainesville, GA (USA): Elliott Wave International, 2003.

QUALMAN, Erik. **Socialnomics- How Social Media transforms the way we live and do business**. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results**. New York: Oxford University Press, 2006.

_____. **Breaking The Impasse – Consensual Approaches To Resolving Public Disputes**. Basic Books, 1987.

TOFFLER, Alvin. **Future Shock** - The Third Wave. New York: Bantam Books, 1980.

URY, William. FISHER, Roger. **Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In**. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992.

WORLD Café. **The World Café Presents Café To Go: A Quick Reference Guide For Putting Conversations To Work**. The World Café, 2013. Disponível em: <<http://www.theworldcafe.com>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

Referência Videofônica

HARDING, Matthew. **Where the Hell is Matt?**. 2008 (4:28). Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zlfKdbWwruY>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

QUALMAN, Erik. **Social Media Video 2013**. 2013 (3:51). Youtube. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=x0EnhXn5boM>>. Acesso em: 19 abr. 2020.



MEDIAÇÃO *ONLINE*: EVOLUÇÃO, TECNOLOGIA E DESAFIOS DE ACESSIBILIDADE

Juliana Loss de Andrade
Fernanda Bragança
Maria Fernanda Dyma

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo aprofundar o estudo sobre a mediação *online*, notadamente em três pontos: a mudança provocada a partir do desenvolvimento das relações sociais na *internet*; as tecnologias empregadas nos procedimentos; e a acessibilidade digital.

Com o passar do tempo, os métodos *online* de solução de conflitos, de modo geral, foram sendo cada vez mais utilizados. No entanto, alguns profissionais ainda demonstravam certa resistência ao tratamento de determinados tipos de disputas com o auxílio de tecnologia de informação e comunicação. Com o advento da pandemia de Covid-19, a única opção passou a ser a interação remota e, assim, a mediação *online* ganhou um novo e definitivo impulso. Por isso, a relevância e a urgência de analisar mais detidamente o instituto.

Em que pese os benefícios já bastante conhecidos quanto à otimização de tempo e custos, a mediação *online* enfrenta desafios, particularmente no que concerne à acessibilidade. Esta é uma questão bastante ampla e este estudo propõe um recorte para focar no *design* de sistemas e na inclusão de pessoas com necessidades especiais.

A metodologia de pesquisa consistiu em uma revisão bibliográfica com enfoque na doutrina estrangeira, marcadamente norte-americana e europeia, onde esses aspectos são discutidos há mais tempo e com a perspectiva de contribuir para o debate científico.

2. Mudança Paradigmática das Relações Sociais e a Repercussão sobre a Solução de Conflitos

Nos últimos anos, as relações sociais sofreram uma mudança paradigmática com a migração para o espaço virtual. Este movimento aumentou significativamente a quantidade de interações e a rede de relacionamento das pessoas engajadas no ciberespaço, sobretudo a partir da década de 1990, com o maior uso da *internet* e, conseqüentemente, com a expansão das possibilidades de comunicação entre indivíduos e grupos.

Nos anos 90, um contingente de pessoas se manteve dissociado de atividades *online*. Ainda que um número crescente de indivíduos acessasse a *web*, outros tantos decidiram permanecer desconectados porque não eram impelidos a isso e esta opção não modificava consideravelmente as suas rotinas. Neste momento, de fato, era possível separar a vida digital da *offline* de maneira bastante clara¹.

Atualmente, a vida integralmente *offline*, sem qualquer tipo de registro eletrônico, tornou-se uma opção muito menos realista. A distinção que costumava ser feita entre o “mundo virtual” e o “mundo real”² perdeu seu significado na medida em que é cada vez mais indispensável ter acesso à *internet* para participar de todos os tipos de atividades pessoais, profissionais e comerciais. Na velocidade com que a tecnologia avança, é razoável cogitar que em um futuro não muito distante, muito poucas tarefas estejam ocorrendo completamente fora da *web*.

Ao longo do tempo, as gerações só aumentaram a sua relação com a *internet* e, hoje, desde muito cedo, as crianças se conectam com essa realidade³. Através de um único *smartphone* é possível fazer ligações, enviar mensagens, postar em rede social, realizar operações bancárias e comerciais. Os dispositivos estão constantemente enviando dados de um ponto a outro do ciberespaço. Este fenômeno é conhecido como a “*Internet das Coisas*”⁴.

De um modo geral, esta progressão da tecnologia trouxe inúmeras facilidades às nossas vidas e aumentou significativamente as possibilidades de relacionamentos. Conjuntamente, cresceram também as chances de transações sem sucesso e conflitos de todos os tipos.

Na década de 1980, a expressão “o conflito é uma indústria em crescimento”⁵ foi utilizada pela primeira vez por Roger Fisher e William Ury. O uso de métodos adequados de resolução de controvérsias passou a ser ainda mais incentivado⁶. Entretanto, a *internet* escalou os litígios em um

1 KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: technology and the internet of disputes**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 11.

2 *Ibidem.*, p. 12.

3 Cabe ressaltar que a exclusão digital ainda é uma preocupação, em especial, no Brasil. A última pesquisa de PNAD Contínua TIC 2018 do IBGE revelou que aproximadamente 25% da população brasileira com 10 anos ou mais de idade não tem acesso à *internet*. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. **Agência IBGE Notícias**, 29 de abril de 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

4 Cf. **Research and Advisory for Companies Challenged by Business Disruptions**. Disponível em: <<http://www.altimetergroup.com>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

5 FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes**. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1981, p. 17.

6 KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: technology and the internet of disputes**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 14.

volume sem precedentes e a *alternative dispute resolution* não acompanhou o mesmo ritmo.

Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einey ressaltam que nem os tribunais e tampouco os meios alternativos no seu formato tradicional são suficientes para lidar com o volume, a variedade e a natureza das disputas que são decorrentes de atividade que se desenvolvem no ciberespaço. A capacidade do Judiciário é limitada tanto em razão de recursos orçamentários, quanto pela quantidade de servidores e magistrados para gerir os processos. Um outro agravante deste quadro é a defasagem da legislação em relação às novas tecnologias⁷. Por tudo isso, a otimização das ferramentas existentes e o planejamento de novas iniciativas são fundamentais e urgentes.

O primeiro setor que adotou uma postura proativa em relação à contenção de disputas foi o do comércio eletrônico. Nesse sentido, o eBay selecionou a SquareTrade para viabilizar um sistema em que os seus usuários pudessem resolver os problemas originados no *site*. A premissa era de que essas contendas surgidas por transações *online* não poderiam ser tratadas por mecanismos tradicionais de resolução de conflitos⁸.

Esta iniciativa do eBay teve como principal objetivo o fornecimento de uma estrutura para a comunicação e para o fluxo de informações entre as partes. A plataforma também incorporou muitos elementos da mediação tradicional como a participação de facilitadores imparciais sem a possibilidade de indução ou sugestão à formação de acordos, bem como custo e tempo atrativos.

O oferecimento de meios adequados de solução de conflitos via o ambiente digital também interessou aos tribunais, notadamente os de pequenas causas, como em British Columbia e no Reino Unido. A tendência é a completa digitalização dos órgãos judiciários, inclusive no Brasil⁹, a exemplo dos “tribunais da *internet*” ou *internet Courts* da China¹⁰.

Até o advento da pandemia, o uso de meios adequados de solução de conflitos, particularmente da mediação, aumentava ponderadamente e a resistência de alguns profissionais da área em relação à incorporação da tecnologia nas sessões consensuais ainda era considerável. A transição em direção a este meio virtual, mais complexo e com constantes atualizações caminhava lentamente.

Com a crise sanitária decorrente do Covid-19, este quadro se transforma drasticamente e as respostas institucionais tiveram que ser imediatas em virtude da exigência do distanciamento social, o qual impôs o ciberespaço para a continuidade da maior parte das atividades laborais, dentre elas, as do mediador.

3. Mediação *Online*: Panorama Normativo

A mediação *online* conta com uma previsão normativa específica escassa, tanto no contexto internacional quanto no Brasil. Os autores da área¹¹ destacam a repercussão do regulamento nº. 524/2013 da União Europeia, que dispõe sobre a resolução de litígios de consumo em linha¹². Apesar

7 KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: technology and the internet of disputes**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 15.

8 Ibidem., p. 10.

9 Cf. Ministro Luiz Fux elenca cinco eixos de sua gestão. Notícias STF, 11 de setembro de 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451573>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

10 DU, Guodong; YU, Meng. **China Establishes Three Internet Courts to Try Internet-Related Cases Online**: Inside China's Internet Courts Series -01, 16 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.chinajusticeobserver.com/insights/china-establishes-three-internet-courts-to-try-internet-related-cases-online.html>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

11 Cf. EBERT, Camille. **La résolution extrajudiciaire des litiges en ligne**. Paris: Éditions universitaires européennes, 2017.

12 Cf. PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento UE nº. 524/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL). PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento UE nº. 524/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

desta norma não ter tratado especificamente sobre a mediação virtual, a mesma deu um passo importante no sentido de incentivar os meios consensuais em ambiente eletrônico.

Este regulamento prevê a criação de uma plataforma europeia para a resolução de litígios em linha. A RLL proporciona uma solução extrajudicial simples, eficaz, célere e econômica para os conflitos resultantes de transações *online*, exclusivamente¹³. Neste sistema, os métodos adequados – dentre eles a mediação – são oferecidos por intermédio de uma entidade credenciada¹⁴ à escolha das partes.

Em linhas gerais, a plataforma funciona em escala regional e a apresentação da reclamação, tanto por parte dos consumidores quanto dos comerciantes, é feita através de um formulário *online*. A RLL disponibiliza ferramentas para que as entidades de soluções adequadas conduzam o procedimento de resolução de litígios no espaço digital da própria plataforma.

Em âmbito nacional, a Lei nº. 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil, prevê no parágrafo 7º do artigo 334 que a audiência de conciliação e mediação pode ser realizada por meio eletrônico. E, na mesma linha, a Lei nº.13.140/2015, que traz as disposições gerais sobre o instituto da mediação no Brasil, estabelece no seu artigo 46 que a mesma poderá ser feita pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo com isso.

Desde 2016¹⁵, a Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶, que foi a norma propulsora dos métodos consensuais no Brasil através da instituição de uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, prevê como atribuições do CNJ a criação de um sistema de mediação ou conciliação digital voltado tanto ao atendimento pré-processual quanto para as demandas em curso, nesta hipótese, havendo prévia adesão dos tribunais¹⁷.

Nesta mesma resolução, o CNJ ainda estabeleceu que este sistema bem como o cadastro nacional de mediadores judiciais e conciliadores deveriam estar disponíveis ao público desde o início da vigência da Lei de mediação¹⁸.

Mais recentemente, o CNJ publicou duas recomendações: nºs. 58 de 2019¹⁹ e 63 de 2020²⁰. Na primeira, o órgão recomendou a todos os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação, de forma a auxiliar a resolução de todo e qualquer conflito

13 Cf. Considerando 19. PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Regulamento UE nº. 524/2013 de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL) (PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento UE nº. 524/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)**). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>>. Acesso em: 30 jul. 2020).

14 Considerandos 16 e 17.

15 A partir da Emenda nº. 2 de 2016

16 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2019**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

17 Cf. Artigo 6º, X.

18 Cf. Artigo 18-A

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 58 de 22/10/2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

20 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 63 de 31/03/2020**. Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/326>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

entre o empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo (artigo 1º). Nesta oportunidade, também dispôs que essa mediação poderá ocorrer de forma presencial e *online* (artigo 4º).

A segunda recomendação tratou sobre uma série de diretrizes que visam preservar o distanciamento social, bem como ajudar a manter o regular funcionamento das empresas e, conseqüentemente, da economia brasileira neste momento de enfrentamento ao Covid-19. Nesse sentido, a mediação é uma ferramenta importante para criar um espaço de negociação produtivo entre credores e devedores e para favorecer a continuidade da atividade empresarial mesmo em situações de dificuldade financeira.

Em virtude da crise sanitária ocasionada pelo novo corona vírus, os tribunais brasileiros também adotaram iniciativas próprias de incentivo à prática da consensualidade para dar continuidade ao fluxo de processos. O TJSP, por exemplo, através do Provimento CG nº. 11/2020, criou um projeto-piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos do Covid-19. O procedimento transcorre integralmente por via eletrônica e a sessão ocorre via a plataforma *Microsoft Teams*.

De fato, a repercussão da pandemia sobre a atividade econômica motivou que uma parcela significativa das propostas de mediação (e outros meios consensuais) para lidar com o grande volume de processos fosse direcionada para o setor empresarial.

4. Tecnologia

Os métodos adequados de solução de conflitos seguem uma linha evolutiva quanto ao uso de tecnologia, de modo a obterem maior celeridade, eficácia e abrangência de usuários²¹. Os diferentes níveis de complexidade dos recursos tecnológicos produzem resultados distintos e, portanto, devem ser empregados conforme as características e necessidades do caso em questão²².

Assim, a análise preditiva e automatização de propostas é frequente no tratamento de demandas de massa das empresas. O investimento em plataformas que possam dinamizar os conflitos decorrentes da atividade empresarial tem sido cada vez mais comum em razão dos benefícios da celeridade, economia, restauração do relacionamento com os clientes insatisfeitos e melhora da imagem corporativa em índices e *rankings* de judicialização²³.

Desse modo, as empresas e instituições avançam na combinação de técnicas e ferramentas, como é o caso dos recursos síncronos de comunicação - em que as partes ficam em contato e conversam simultaneamente, como no caso de salas virtuais de reunião - e assíncronos, em que as partes trocam mensagens em momentos distintos.

Algumas pesquisas coordenadas por Bellucci e Zeleznikow²⁴ revelaram que a comunicação assíncrona é a mais comum nas plataformas de ODR, tendo sido utilizada por 42% dos avaliados. Os pesquisadores também identificaram que apenas 48% dos provedores de sistemas de solução

21 Cf. LODDER; LEZEZNIKOW. **Enhanced dispute resolution through the use of information technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

22 CORTÉS, Pablo. Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies. **Comput Telecommun Law Rev**, p. 172-178, 2014.

23 CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

24 BELLUCCI; ZELEZNIKOW. "Developing negotiation decision support systems that support mediators: A case study of the Family Winner system". **Artificial Intelligence and Law**, 13, 2005, p. 233-271.

digital de conflitos disponibilizam uma combinação de comunicação síncrona e assíncrona²⁵. O oferecimento desses dois meios possibilita procedimentos faseados de autocomposição que, em geral, começam com uma negociação por trocas de mensagens e, quando necessário, evoluem para sessões de mediação *online*²⁶.

A integração da tecnologia aos meios consensuais permite que os casos de menor complexidade sejam filtrados e encaminhados à negociação assíncrona. Com isso, somente as lides de mais difícil resolução são direcionadas à mediação virtual. O resultado é a maior celeridade e economia para as partes²⁷.

Um sistema mais avançado que inclua a inteligência artificial pode oferecer assistência com a proposição de argumentos, a customização de minutas de acordo a partir dos pontos definidos pelas partes, o monitoramento da sequência do processo, dentre outras funcionalidades.

A expectativa é de que, em algum momento, a inteligência artificial adquira um maior protagonismo na mediação *online*, seja para auxiliar o facilitador na condução do procedimento, oferecendo suporte e subsídios para a sua atuação como uma quarta parte²⁸, ou mesmo para atuar enquanto um terceiro facilitador.²⁹ Essas abordagens mais sofisticadas de uso da tecnologia na ODR são tratadas pela doutrina:

Numa perspectiva diferente, as tecnologias já aparecerão (ou poderão ser utilizadas) como uma verdadeira quarta parte no processo de resolução do litígio, quarta parte essa que aparecerá como assistente ou auxiliar de um terceiro (mediador ou árbitro). Neste modelo, embora as tecnologias continuem a não ter um papel realmente activo, já aparecerão a auxiliar o mediador ou árbitro a planear a estratégia correcta ou a tomar a decisão certa.

(...)

Numa perspectiva em que o papel da tecnologia no processo de ODR será o mais activo, podemos pensar em sistemas electrónicos que serão, eles próprios, o terceiro (mediador ou árbitro). Esta será uma perspectiva mais radical em que o elemento humano (decisório ou orientador) deixa de estar presente, sendo substituído por um sistema computacional que desempenhará este papel activo no processo de resolução do conflito. Este sistema, que poderemos designar por “mediador” ou “árbitro” electrónico, deverá ter não só capacidade de comunicação com as partes, mas sobretudo, a capacidade de “entender” os desejos e receios das partes e de raciocinar sobre a melhor estratégia a seguir no sentido da resolução de cada tipo de problema.³⁰

No Brasil, o caso da recuperação judicial da empresa de telefonia Oi representou uma nova compreensão quanto à implementação de programas de métodos alternativos de resolução de disputas com aplicação de tecnologia avançada. O alto percentual de acordos e a satisfação dos usuários demonstraram a importância de políticas consensuais no âmbito das empresas, mesmo em fase de insolvência. A plataforma contou com várias versões e empregou a IA como uma ferramenta auxiliar ao procedimento.

O sistema foi construído colaborativamente e desenhado “sob medida” para ser o único canal

25 A pesquisa revela que a preferência majoritária pelo uso de meios assíncronos de autocomposição, antes de buscar meios síncronos, advém da flexibilidade de uso de fóruns, e-mails e mensagens a qualquer horário do dia, sem necessidade de agendamento.

26 HOPT; STEFFEK. **Mediation: Principles and regulation in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 291.

27 SUQUET; POBLET; NORIEGA. **Online Dispute Resolution in 2010: a Cyberspace Odyssey. Proceedings of the 6th International Workshop on Online Dispute Resolution (ODR Workshop'10)**, v. 7., 2011, p. 1-12.

28 LODDER; THISSEN. **The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution**. Disponível em: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/lodder_thiessen.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

29 KATSH; RIFKING. **Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass Wiley Company, 2001, p. 93.

30 ANDRADE; CARNEIRO E NOVAIS. **A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha**. Scientia Iuridica – Tomo LIX, n. 321, 2010.

online de resolução de disputas referentes a créditos de várias naturezas, principalmente civis e trabalhistas. Os dados atualizados até 2019 apontam mais de sessenta e um mil credores cadastrados no programa do Brasil e de Portugal e um volume de aproximadamente seis milhões de acessos.

5. Acessibilidade

A mediação em ambiente virtual se desenvolve através de plataformas *online* de resolução de conflitos que são consideradas realmente eficientes quando acessíveis a todos os seus usuários³¹. A acessibilidade implica, portanto, que as partes tenham as mesmas oportunidades de participação na construção de uma solução para o caso.

Em uma perspectiva inclusiva, a acessibilidade digital corresponde à capacidade de um *site*, aplicativo móvel ou documento eletrônico ser facilmente navegado e compreendido por uma ampla gama de usuários, incluindo aqueles que têm necessidades especiais visuais, auditivas, motoras ou cognitivas³².

A acessibilidade é um dos fundamentos principais da *online dispute resolution*, ao lado da transparência; independência e imparcialidade; celeridade; justiça e vinculação das decisões³³. Este conjunto de princípios é o que mais frequentemente aparece nas publicações sobre o assunto³⁴.

A acessibilidade tem dois desdobramentos principais: a facilidade de busca e a simplicidade de uso. O primeiro supõe que a existência e a disponibilidade da plataforma sejam públicas. A publicidade, além de um requisito fundamental ao bom funcionamento da justiça, é também indispensável para o sucesso de um sistema de resolução de conflitos³⁵.

A simplicidade no uso, por sua vez, envolve seis aspectos: custos, barreiras técnicas, flexibilização da necessidade de aconselhamento técnico, ausência de barreiras geográficas, arquivamento simplificado e guia de apoio ao usuário.

Para serem consideradas acessíveis, as plataformas não devem onerar os seus usuários, ou ao menos, esses custos devem ser moderados. Por outro lado, alguns autores destacam que a cobrança de taxas mais altas tende a desencorajar as reivindicações frívolas. No caso específico de relações de consumo, o entendimento que prevalece é que o consumidor deve ser reembolsado caso despenda

31 É assim que prevê o considerando nº. 12 e o artigo II, C, 2 da Recomendação nº. 2001/310/EC da União Europeia: Considerando nº. 12. A fim de melhorar a eficácia dos referidos procedimentos na resolução dos litígios transfronteiriços, os referidos procedimentos devem ser facilmente acessíveis e estarem à disposição de ambas as partes onde quer que estas estejam situadas. Devem ser incentivadas, em especial, a utilização dos meios electrónicos que se destinem alcançar este objetivo.

Artigo II, C, 2. Eficácia

1. Deve garantir-se a eficácia do procedimento.

2. O procedimento deverá ser facilmente acessível e estar à disposição de ambas as partes, por exemplo, através de meios electrónicos, independentemente do local onde aquelas estejam localizadas.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Recomendação da Comissão de 4 de abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=ES>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

32 ROUSE, Margaret. **Digital Accessibility, TechTarget: WhatIS.com**, maio de 2016. Disponível em: <<https://whatis.techtarget.com/definition/digital-accessibility>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

33 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice.** Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 108-121.

34 Cf. BENYKHELEF, Karim; GÉLINAS, Fabien. **Le règlement en ligne des conflits: enjeux de la cyberjustice.** Paris: Romillat, 2004, n. 325, p. 99-104.

35 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice.** Hague: Kluwer Law International, p. 108-121, 2004, p. 116.

algum valor para a solução do conflito nesses sistemas³⁶.

As barreiras técnicas devem ser evitadas. O mundo digital é dividido em dois grupos: os *high tech* e os *low tech*, ou seja, aqueles que tem mais ou menos familiaridade com a tecnologia. Esses últimos não podem ser excluídos e, por isso, os recursos disponíveis na plataforma devem ser acessíveis mesmo por aquelas pessoas que não tem tanto desembaraço no ambiente virtual³⁷.

Uma parcela da literatura, notadamente estrangeira³⁸, defende que os procedimentos de ODR devem ser organizados de tal maneira a flexibilizarem a necessidade de aconselhamento jurídico. Os autores mais radicais³⁹ dessa corrente defendem que isso deveria ser aplicado inclusive na arbitragem *online*.

Um posicionamento mais moderado apoia que os procedimentos que englobem relações consumeristas não devem exigir a presença do advogado. Esta ideia encontra respaldo na recomendação 98/257/EC a qual prevê que a efetividade da ODR nas relações de consumo só será eficaz caso dispense a participação do profissional jurídico⁴⁰.

Em conformidade com a característica do ciberespaço de ambiente sem fronteiras, a ODR deve buscar resolver os conflitos sem limitações geográficas e, se possível, com o serviço oferecido em diferentes línguas. O arquivamento de documentos também deve ser programado com ferramentas simples e, de preferência, com métodos já conhecidos e com instruções que auxiliem o usuário a fazer o *upload*.

Os sistemas de solução digital de disputas devem ser projetados para, no futuro, ficarem disponíveis *online* e *offline*⁴¹ e não podem sofrer qualquer tipo de interferência externa ou mesmo da instituição ou empresa à qual estejam vinculados⁴².

A acessibilidade é um dos eixos centrais da mediação na medida em que esta é um meio adequado de solução de controvérsias cuja principal finalidade é fazer com que as partes construam, em conjunto e colaborativamente, a melhor solução para o caso. O desenrolar do procedimento em um ambiente digital não pode afastar ou diminuir essa prioridade.

Esta preocupação se faz particularmente necessária neste contexto de pandemia tendo em vista que os meios adequados de solução de conflitos e, particularmente a mediação, migraram com intensidade para o ciberespaço.

Uma das vantagens de um processo de mediação *online* é que todas as interações virtuais podem ser projetadas e monitoradas quanto à acessibilidade⁴³. Com essa perspectiva, alguns pontos devem ser especialmente observados para que todos possam participar plenamente.

A *home page* é a primeira interação do usuário com o sistema ODR e, por isso, deve ser

37 Trans Atlantic Consumer Dialogue. **Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce**, n. 376, p. 2.

37 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice**. Hague: Kluwer Law International, p. 108-121, 2004, p. 117.

38 Idem.

39 Idem.

40 Artigo IV: Princípio da eficácia

A eficácia do processo será assegurada por medidas que garantam:

— o acesso do consumidor ao processo, sem ser obrigado a utilizar um representante legal.

41 Cf. **CANADIAN CODE OF PRACTICE FOR CONSUMER PROTECTION IN ELECTRONIC COMMERCE**, 16 de janeiro de 2004. Disponível em: <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_e.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2020.

42 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice**. Hague: Kluwer Law International, p. 108-121, 2004, p. 117.

43 LARSON, David Allen. "Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone". **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 34, n. 3, p. 441, 2019. Disponível em: <<https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=facsch>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

compreensível e envolvente. A página inicial tampouco deve ser inacessível às pessoas com deficiência. Um *site* voltado à solução adequada de conflitos que apresente dificuldades aos seus usuários favorece a desistência dos mesmos com relação às tentativas consensuais⁴⁴.

A acessibilidade só costuma ser considerada em relação ao usuário final, ou seja, as partes em uma disputa. Entretanto, ela precisa ser projetada para todos os participantes do procedimento via ODR: neutros, servidores judiciais, advogados, dentre outros.

A segurança e a confidencialidade exigem que cada indivíduo que ingresse na plataforma de ODR tenha a sua identidade confirmada. A autenticação⁴⁵ é uma questão chave quando a tecnologia é utilizada para resolver disputas e este mecanismo também precisa ser facilitado.

O sistema de videoconferência é um elemento fundamental para a ODR e, por isso, é preciso ter muito cuidado para garantir que todos tenham a mesma oportunidade de participar de sessões em vídeo ou somente em áudio⁴⁶. Nesse sentido, a inserção de recursos que viabilizem a comunicação⁴⁷ de pessoas surdas ou com deficiência auditiva, incluindo legendas e/ou intérpretes de linguagem gestual é fundamental. Todas as funcionalidades, tais como as janelas de bate-papo, controle de volume e mutabilidade devem ser adaptadas ao atendimento dessas necessidades.

No espaço presencial, há uma preocupação quanto à adequada acomodação de todos, de modo a favorecer um acesso fácil e prático também às pessoas que apresentem qualquer tipo de deficiência. A mesma intenção deve direcionar os desenvolvedores na arquitetura plataforma⁴⁸, que deve ser igualmente adaptável às circunstâncias de todos os participantes.

O *International Council for Online Dispute Resolution - ICODR*⁴⁹, com base nos princípios para a prática de ODR do Centro Nacional de Tecnologia e Resolução de Disputas, identificou os padrões éticos que podem servir de orientação para as plataformas digitais e dispôs sobre a acessibilidade.

Segundo o ICODR, a acessibilidade implica em que a plataforma seja de fácil acesso e participação para as partes, sem estabelecer limites ao direito de representação. A ODR deve estar disponível tanto em canais móveis quanto em *desktops* e o sistema precisa corresponder à uma expectativa de conexão descomplicada e oferecer custos baixos aos participantes.

O ICODR ainda faz algumas recomendações que impactam na acessibilidade: os sistemas de ODR têm responsabilidades perante as instituições, estruturas legais e comunidades às quais servem e os fornecedores do serviço devem ter conhecimento transdisciplinar nas áreas de resolução de disputas, legislação, execução técnica, idioma e cultura de modo a alcançarem um melhor desempenho⁵⁰.

Essa acessibilidade de forma alguma pode implicar em descuido com a proteção de dados pessoais. Os provedores de ODR devem garantir que os dados coletados e as comunicações entre os envolvidos não sejam compartilhados com terceiros não autorizados. Os usuários devem ser informados sobre quaisquer violações o mais rápido possível, bem como em relação às medidas adotadas para lidar com o vazamento inesperado.

44 LARSON, David Allen. "Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone". **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 34, n. 3, p. 442, 2019. Disponível em: <<https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=facsch>>. Acesso em: 3 jul. 2020. .

45 Ibid., p. 443.

46 Ibidem.

47 Cf. GEORGE, Kevin. **Accessible Emails: How To Design And Code Them The Right Way**, 11 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://email.uplers.com/blog/accessibility-in-emails/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

48 Ibidem., p. 445.

49 Cf. INTERNATIONAL COUNCIL FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION – ICODR. **ICODR Standards**. Disponível em: <<https://icodr.org/standards/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

50 Ibidem.

6. Conclusão

O desenvolvimento e a expansão da *internet* provocaram um impacto significativo sobre as relações sociais e comerciais; o qual refletiu no volume e na dinâmica dos conflitos. O setor de *e-commerce* foi o primeiro a impulsionar o tratamento de demandas no ciberespaço.

Neste contexto, a mediação ganhou notoriedade. As tecnologias empregadas no procedimento foram atualizadas ao longo do tempo e a expectativa é a expansão do uso da inteligência artificial como ferramentas de apoio na ODR. Neste momento, a perspectiva de substituição do mediador por máquinas está em um horizonte bem distante.

A promoção da acessibilidade no campo digital ainda é uma questão que requer bastante aprofundamento. Com relação à mediação, a análise é ainda mais delicada na medida em que é um método inclusivo por excelência. O foco dos desenvolvedores de plataformas de ODR precisa estar direcionado à construção de sistemas que ofereçam um primeiro acesso bastante facilitado e que também estejam adaptados à participação de pessoas com necessidades especiais.

7. Referências

ANDRADE; CARNEIRO; NOVAIS. **A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha**. *Scientia Iuridica* – Tomo LIX, n. 321, 2010.

BELLUCCI, Emilia; ZELEZNIKOW, John. “Developing negotiation decision support systems that support mediators: A case study of the Family Winner system”. **Artificial Intelligence and Law**, 13, 2005, p. 233-271.

BENYEKHFLEF, Karim; GÉLINAS, Fabien. **Le règlement en ligne des conflits: enjeux de la cyberjustice**. Paris: Romillat, 2004.

CANADIAN CODE OF PRACTICE FOR CONSUMER PROTECTION IN ELECTRONIC COMMERCE, 16 de janeiro de 2004. Disponível em: <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf/\\$FILE/EcommPrinciples2003_e.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_e.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2020.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Recomendação da Comissão de 4 de abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=ES>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2019**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

_____. **Recomendação Nº 58 de 22/10/2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

_____. **Recomendação Nº 63 de 31/03/2020**. Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/326>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

CORTÉS, Pablo. “Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies”. **Comput Telecommun Law Rev**, p. 172-178, 2014.

_____. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

DU, Guodong; YU, Meng. **China Establishes Three Internet Courts to Try Internet-Related Cases Online**: Inside China’s Internet Courts Series -01, 16 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.chinajusticeobserver.com/insights/china-establishes-three-internet-courts-to-try-internet-related-cases-online.html>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

EBERT, Camille. **La résolution extrajudiciaire des litiges en ligne**. Paris: Éditions universitaires européennes, 2017.

FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes**. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1981.

GEORGE, Kevin. **Accessible Emails: How To Design And Code Them The Right Way**, 11 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://email.uplers.com/blog/accessibility-in-emails/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

HOPT; STEFFEK. **Mediation: Principles and regulation in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION – ICODR. **ICODR Standards**. Disponível em: <<https://icodr.org/standards/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: technology and the internet of disputes**. New York: Oxford University Press, 2017.

_____; RIFKING. **Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass Wiley Company, 2001.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice**. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 108-121.

LARSON, David Allen. “Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute

Resolution: ODR for Everyone”. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 34, n. 3, p. 441, 2019. Disponível em: <<https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=facsch>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

LODDER; LEZEZNIKOW. **Enhanced dispute resolution through the use of information technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LODDER; THISSEN. **The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution**. Disponível em: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/lodder_thiessen.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Ministro Luiz Fux elenca cinco eixos de sua gestão. **Notícias STF**, 11 de setembro de 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451573>>. Acesso em 5 nov. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento UE nº. 524/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. **Agência IBGE Notícias**, 29 de abril de 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Research and Advisory for Companies Challenged by Business Disruptions. Disponível em: <<http://www.altimetergroup.com>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ROUSE, Margaret. **Digital Accessibility, TechTarget: WhatIS.com**, maio de 2016. Disponível em: <<https://whatis.techtarget.com/definition/digital-accessibility>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

SUQUET; POBLET; NORIEGA. “Online Dispute Resolution in 2010: a Cyberspace Odyssey”. **Proceedings of the 6th International Workshop on Online Dispute Resolution (ODR Workshop’10)**, v. 7., 2011., p. 1-12.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future**. Oxford University Press, 2012.

Trans Atlantic Consumer Dialogue. **Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce**, n. 376, p. 2.



A MEDIAÇÃO E A NEGOCIAÇÃO: OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO UM FUTURO INEVITÁVEL NA MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE DESOPRESSÃO DE DISPUTAS

Larissa Fernandes de Carvalho

1. Introdução

No cenário contemporâneo, o sistema de prestação jurisdicional brasileiro demonstra-se marcado por um congestionamento alarmante. Segundo os dados mais recentes divulgados¹ pelo Conselho Nacional de Justiça em seu Relatório de Justiça em Números 2019 (ano-base 2018)², chegam a 78,7 milhões os casos pendentes no Judiciário brasileiro.

Podemos dizer que o mencionado contexto é consequência direta de inúmeros fatores, dentre os quais destacamos, neste trabalho, a cultura de litigância no âmbito jurídico brasileiro.

¹ Até o dia 30 de julho de 2020, quando concluído esse texto, ainda não estavam disponíveis no Conselho Nacional de Justiça os dados de 2020, ano-base 2019.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

Nessa perspectiva, o presente artigo pretende demonstrar a relevância dos métodos alternativos de resolução de controvérsias, em especial da mediação e da negociação, para um tratamento mais adequado dos diversos tipos de litígios existentes.

Observaremos, para tanto, que já é catedrática a noção de que o Poder Judiciário não se mostra efetivo o suficiente para todo e qualquer tipo de contenda, fazendo-se necessária a incorporação, à mentalidade da sociedade, de uma noção de justiça multiportas – inserida, definitivamente, no ordenamento jurídico, a partir do Código de Processo Civil de 2015.

A partir das noções iniciais trazidas pela análise do princípio do acesso à justiça, será realizado o estudo de cada um desses institutos – mediação e negociação –, destrinchando-se as suas principais características e as diferenças e semelhanças existentes entre eles.

Após, e finalmente, prossegue-se com a demonstração de uma necessária reformulação do pensamento dos juristas brasileiros – verdadeira condição para a manutenção do funcionamento sustentável e efetivo do sistema pátrio de desopressão de disputas.

2. A efetivação do Princípio do Acesso à Justiça a partir dos métodos adequados de resolução de controvérsias

Previamente a qualquer análise da efetivação ou não do princípio do acesso à justiça a partir dos métodos adequados de resolução de controvérsias, faz-se imprescindível a definição do que se trata, de fato, este respeitado princípio.

Seguindo a catedrática lógica do Direito de que os conceitos e institutos jurídicos sofrem constantes alterações, ao longo do tempo, de acordo com as sociedades em que se inserem, observa-se grande evolução no conceito teórico de acesso à justiça.

Cândido Rangel Dinamarco³ explica a relevância de se emprestar “interpretação evolutiva aos princípios e garantias constitucionais do processo civil”, reconhecendo que “a evolução das ideias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade” influencia, sem dúvidas, a leitura que deve ser feita dos princípios processuais constitucionais a cada época.

Considerando os Estados liberais como as primeiras experiências de Estados tal como hoje conhecemos, partimos da ideia da igualdade formal – pilar característico do sistema do *laissez-faire*. Nos séculos XVIII e XIX, pois, reinava a noção individualista do ser humano, de modo que o direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, “o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”⁴. Não existia, por parte do Estado, um dever positivo de garantir o cumprimento dos direitos atribuídos aos cidadãos, mas apenas o de não permitir que eles fossem violados, fazendo com que a justiça só pudesse ser acessada por quem fosse capaz de suportar, por si só, os seus custos.

Nesse cenário individualista, logo, os estudos jurídicos eram voltados a questões de mera exegese, dando maior enfoque às normas do que à realidade vivenciada pela população inserida em seu contexto. Essa forma de pensar, no entanto, tornou-se cada vez mais insuficiente com a insurgência dos direitos humanos e do conceito de igualdade material. Assim foi que passamos a observar o acesso à justiça como princípio essencial ao chamado Estado de Direito.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

4 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9.

Importante destacar a íntima ligação entre o acesso à justiça e o consagrado mestre italiano Mauro Cappelletti, o qual deu origem à problematização das questões relacionadas ao tema a partir de 1971. Idealizador e coexecutor de vasta pesquisa realizada em diversos países europeus e americanos⁵, conhecida como Projeto de Florença⁶, Cappelletti reuniu dados concretos sobre diferentes sistemas jurídicos para alcançar conclusões sólidas sobre a temática.

Sobre a mencionada mudança de aceções, Cappelletti explica:

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, (...) tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos⁷.

Passou-se, então, a compreender que a mera titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos que possam garantir a sua efetiva reivindicação, emergindo a ideia de que o acesso à justiça seria um direito material cuja garantia deveria ser dada pelo Estado, através da superação dos diversos obstáculos enfrentados pelos cidadãos na persecução desse direito.

Segundo a teoria de Kazuo Watanabe⁸, comporiam o direito de acesso à justiça: I – o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente, a cargo de especialistas, orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; II – o direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; III – o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, por fim, IV – o direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.

A conclusão inevitável à época, pois, mediante o cenário apresentado, foi a necessidade de revisão e aprimoramento dos institutos processuais existentes. Só assim, seria possível construir o rumo ao almejado processo justo⁹.

Mauro Cappelletti tentou sistematizar o estudo do acesso à justiça, propondo as chamadas “*ondas renovatórias*”, a partir das quais identificou “*pontos de estrangulamento*”, isto é, pontos em que, apesar de todos os esforços dos magistrados em diversos países, a prestação jurisdicional não conseguia ser realizada da maneira em que havia sido concebida.

Podemos sistematizar tais pontos de estrangulamento em três grandes questões¹⁰: I – o aspecto financeiro das demandas – especialmente acentuado pelas custas judiciais e pelos honorários

5 Vale a pena transcrever as palavras de Cappelletti ao reconhecer a enorme importância do método comparativo em seu trabalho: “È appena il caso di sottolineare l’ enorme importanza dello studio comparativo in quest’ opera di progettazione di riforme. L’ analisi comparativa esercita infatti, nelle scienze social, lo stesso ruolo del laboratorio sperimentale nelle scienze naturali, perché rende possibile la sperimentazione di soluzioni adottate da vari Paesi, la ricerca delle ragioni di successi e insuccessi, la scoperta, infine, di grandi tendenze evolutive e quindi la previsione delle probabili direzioni future. Il método comparativo aiuta, fra l’ altro, a superare, con critérios realistici e non meramente speculativi, i limiti e le inadeguatezze, da un lato, di un puro empirismo nella ricerca dei dati – una ricerca nella quale il diritto positivo è accolto avalutativamente – e dall’ altro lato, di un método di valutazione astratta e apriorística, tipico delle tradizionali impostazioni giusnaturalistiche” CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee**, Bologna: Mulino, 1994, p. 79.

6 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective — a General Report**. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

7 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.10-11.

8 WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo**, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

9 GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Trabalho disponível no site <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>. Acesso em: 08 abr. 2020.

10 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.15-29.

advocáticos, que, muitas vezes, significam um obstáculo àqueles com menores recursos financeiros; II – as possibilidades das partes – em termos gerais, significou o reconhecimento de que determinados litigantes contam com vantagens e, conseqüentemente, desvantagens estratégicas no decorrer de um processo judicial; e III – os interesses difusos – considerava-se, à época, o fato de que, muito embora muitas pessoas pudessem ser afetadas por determinado fato coletivo, poucas teriam qualquer interesse financeiro direto em jogo, de forma que o enfrentamento de uma demanda judicial complexa, por aqueles que fossem legitimados ativamente, significaria uma situação antieconômica.

Com o aumento das preocupações em torno do acesso à justiça e da busca de soluções práticas para tal, foram desenvolvidas três posições básicas, mais ou menos em sequência cronológica, denominadas “*ondas renovatórias*”, que correspondiam a esforços setoriais para incrementar o referido princípio nos países ocidentais.

A primeira solução pensada, isto é, a primeira “*onda*” desse novo movimento, correspondeu à assistência judiciária. Em seguida, houve a segunda “*onda*”, que tratava da representação jurídica dos interesses difusos, com enfoque nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. Em terceiro – e mais recente –, desenvolveu-se a “*onda*” do enfoque de acesso à justiça, representando uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. É nesta última etapa – enfoque de acesso à justiça – em que se debruçará o presente trabalho.

Nas palavras de Mauro Cappelletti:

“Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”¹¹.

Sendo assim, ao explorar o tema das tendências no uso do enfoque do acesso à justiça, o autor dividiu o seu trabalho em 05 (cinco) tópicos nos quais a realização de uma reforma, para ele, seria essencial para o alcance desse novo modo de pensar o princípio estudado, quais sejam: I – reforma dos procedimentos judiciais em geral; II – métodos alternativos para decidir causas judiciais; III – instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causa de particular importância social; IV – mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos; e, por fim, V – simplificação do Direito.

Cumprido ressaltar, dentre estes, o tópico II, que trata dos métodos alternativos para decidir as causas judiciais – tema ora estudado.

Não obstante todos os esforços voltados à prestação da justiça num ambiente judicial, diversos tipos de litígios demonstram que esta não é a melhor forma de compor todo e qualquer impasse.

Como exemplo, pode-se imaginar um desentendimento entre parceiros comerciais que trabalham juntos há anos. O encaminhamento do conflito ao Judiciário, além de, possivelmente, demorar em demasiado, pode vir a alcançar um desfecho monetariamente satisfatório, mas que leve ao desgaste total da relação entre os envolvidos, levando em conta que, durante um processo formal e tradicionalista, as partes mal têm a oportunidade de esclarecer suas posições, diretamente, umas com as outras.

Em conferência ocorrida na cidade de Curitiba, em 1991, Cappelletti, ao tecer comentários sobre

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 71.

a terceira “*onda renovatória*”, salientou a importância da substituição da justiça contenciosa estatal por outra, que denominou “justiça coexistencial”, mais privatista e lastreada em mecanismos conciliatórios.

Diante deste cenário, foram surgindo o que se chama de “métodos alternativos de solução de conflitos”, também conhecidos por “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR), como forma de resposta à inefetividade de um processo contencioso tradicional, caracterizado por lentidão, formalismo e rigidez, frente a determinadas situações.

Vale salientar, ainda, que a nomenclatura de tais métodos pode, e deve, ser alterada de acordo com o seu referencial. Eles são alternativos do ponto de vista jurisdicional, vez que trazem uma opção às partes, as quais, antigamente, ficavam restritas ao Estado-juiz. São, no entanto, adequados, do ponto de vista da efetividade, sendo certa a sua capacidade de alcançar soluções mais benéficas para os envolvidos em determinadas contendas.

Cresce, cada vez mais, o número de mecanismos alternativos postos à disposição dos juristas e da sociedade, estando, dentre os mais conhecidos: a conciliação, a arbitragem, a mediação e a negociação. Quanto aos dois últimos, passaremos a demonstrar as suas principais características e diferenças, para, ao final, analisarmos o seu impacto no futuro do Direito brasileiro.

3. Os institutos da Mediação e da Negociação

A partir do ano de 2015¹², com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015), a mediação passou a ganhar cada vez mais força no Direito brasileiro, sendo definitivamente incorporada ao rol de métodos alternativos de solução de controvérsias – concretizando, assim, tendência do Direito brasileiro observada desde a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.

Neste instituto, o mediador tem o papel importantíssimo de identificar os interesses comuns, a fim de intermediar e facilitar o diálogo entre os envolvidos, limpando os ruídos de comunicação existentes¹³. Em outras palavras, ele estimula os mediandos a buscarem uma nova situação, isto é, a criarem um novo cenário que atenda aos interesses de ambos.

Deste modo, “o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes”¹⁴.

Nos termos da já mencionada Lei de Mediação brasileira (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015), especificamente em seu artigo 2º, existem princípios que devem orientar essa atuação do terceiro interventor e toda a condução do procedimento, quais sejam: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; e VIII - boa-fé.

O mesmo diploma legal, ao longo dos seus artigos 4º a 8º, elenca disposições gerais acerca do papel do mediador – função esta de enorme responsabilidade para o sucesso de uma sessão de mediação. Vejamos:

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>. Acesso em: 26 jul. 2020.

13 BONILHA, Alessandra Fachada. **A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial**. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 57, 2018, p. 385-410.

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 5, 2010, p. 73.

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

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

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

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Encontramos, também, no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 166, disposições semelhantes, frisando-se a importância dos princípios que orientam a mediação. Vejamos:

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

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

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

No tocante ao procedimento, a lei também traz algumas disposições – artigos 14 a 29 –, sendo certo que, em linhas gerais, a mediação pode ser compartimentalizada em 06 (seis) fases¹⁵.

Primeiramente, temos a abertura, em que se espera que o mediador explique a finalidade da mediação, o processo a ser seguido e o seu papel, fixando as regras a serem seguidas e perguntando, às partes, se elas estão de acordo com este processo específico. Em seguida, ocorre a descrição do problema pelas partes, de modo que o mediador pode colher as emoções expressas e identificar os receios de cada um dos envolvidos. Em terceiro lugar, o mediador fixa a matéria a ser discutida, resumindo os domínios em que há acordo (ou receios semelhantes) e aqueles em que não há e, também, determinando, depois de consultar as partes, as questões a serem debatidas.

Ato contínuo, o mediador auxilia as partes a ponderar as várias opções/soluções para a sua situação, aproveitando-se da possibilidade de diálogo para tentar obter ideias que, sem a comunicação entre as partes, jamais surgiriam sozinhas.

Em quinto lugar, o mediador auxilia as partes a alcançarem, se possível, um acordo, destrinchando as opções propostas e sopesando as mais viáveis e aceitáveis. Por fim, há dois possíveis caminhos a serem tomados, a depender do desfecho da(s) sessão/sessões: I – o mediador ajuda as partes a redigirem um acordo claro e circunstanciado; ou II – se os envolvidos não chegarem a um consenso, o mediador resume as questões debatidas e os progressos obtidos ao longo do(s) encontro(s).

Cumpramos ressaltar que, muito embora as sessões de mediação sejam comumente conduzidas de acordo com essas fases, numa espécie de estratégia para o bom desenvolver do procedimento, a

15 Princípios Fundamentais e Fases da Mediação. **Portal Europeu da Justiça, 2019**. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do>. Acesso em: 26 jul. 2020.

mediação é pautada pelos princípios da autonomia da vontade e da informalidade.

Sendo assim, o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 166, §4º, dispõe que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”, de modo que não podemos pensar em tais fases da mediação como prescrições rígidas e impositivas.

Já no que concerne à negociação, os grandes e reconhecidos autores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton – responsáveis pelo Projeto de Negociação desenvolvido na Faculdade de Direito de Harvard (EUA) – a definem como “uma comunicação de mão dupla projetada para chegar a um acordo quando você e a outra parte têm alguns interesses em comum e outros opostos (além de alguns interesses que podem simplesmente ser diferentes)”¹⁶.

Acrescentam, ainda, importante constatação, nos termos da qual:

“Goste ou não, você é um negociador. A negociação é um fato da vida. Você discute um aumento com seu chefe. Tenta chegar a um acordo com um estranho sobre o preço de compra da casa dele. Dois advogados buscam resolver um processo decorrente de um acidente de carro (...). Cada vez mais ocasiões exigem negociação; o conflito é um setor em crescimento”.¹⁷

Não é difícil perceber que, justamente pelo fato de a negociação ser algo tão inerente ao próprio ser humano em sua vivência cotidiana, esta não é reconhecida, tão frequentemente, como uma ciência posta à disposição no mundo jurídico.

Obviamente, todos têm a consciência de que, assim como em todas as esferas da vida, a negociação se fará necessária, eventualmente, no seio de um processo judicial. O que muitos não sabem – ou melhor, não reconhecem – é a importância de tomarmos a negociação como um ramo de aprofundado estudo, no âmbito do qual existem técnicas e teorias que auxiliam na transição entre um negociador ordinário e um negociador profissional e efetivo.

Com relação a isso, Fisher, Ury e Patton advertem o seguinte:

“As pessoas acham que precisam escolher entre duas formas de negociar: gentil ou firme. O negociador gentil quer evitar o conflito pessoal, por isso faz concessões para chegar a um acordo. Busca uma resolução amigável, mas às vezes acaba se sentindo explorado e amargurado. O negociador firme enxerga qualquer situação como uma queda de braço na qual vence quem assume as posições mais extremas e se mantém firme por mais tempo”¹⁸.

O que o Projeto de Negociação de Harvard busca demonstrar, em linhas gerais, é justamente a existência de uma terceira maneira de negociar, nem só firme, nem só gentil. Neste sentido:

“No método da *negociação baseada em princípios*, (...) o negociador decide as questões por seus méritos, e não por um processo de barganha focado no que cada lado diz que vai ou não fazer. Ele sugere que você busque ganhos mútuos sempre que possível e que, quando os interesses forem conflitantes, insista em fazer com que o resultado se baseie em critérios justos, seja qual for a vontade das partes. O método de negociação baseada em princípios é firme com os méritos e gentil com as pessoas. Não emprega truques e dissimulações”¹⁹.

16 FISHER, Roger e col. **Como Chegar ao Sim – Como Negociar Acordos Sem Fazer Concessões**. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 17.

17 Ibidem.

18 FISHER, Roger e col. **Como Chegar ao Sim – Como Negociar Acordos Sem Fazer Concessões**. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 18.

19 Ibidem.

A partir do chamado Quadrante de Harvard, os negociadores investem a sua atenção não em barganhas infundadas, mas em um procedimento focado em 04 (quatro) pilares essenciais: I – a separação entre as pessoas e o problema, reconhecendo-se que os envolvidos podem se unir para atacar o que realmente importa, que é a controvérsia; II – a negociação de interesses, não de posições, a partir da identificação do que está realmente por trás das vontades que cada um expressa à mesa; III – a construção de soluções de benefícios mútuos; e IV – a utilização de critérios objetivos para tal, garantindo-se a necessária legitimidade às propostas apresentadas.

Emerge, de todas essas premissas, uma conclusão valiosíssima: a depender do seu objetivo final – a preservação ou não de um relacionamento saudável com a outra parte –, o bom negociador tem, em suas mãos, a escolha dos métodos e técnicas a serem adotados.

Muito embora a negociação – processualmente falando –, ainda não tenha ganhado espaço de destaque no nosso ordenamento jurídico pátrio, como ocorreu com a mediação, faz-se relevante destacar inovadora ferramenta inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 190: os negócios jurídicos processuais. *In verbis*:

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

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

Nestes termos, além de ser possível ao juiz, em diálogo com as partes, adequar o procedimento mediante as regras abertas constantes no novo Código, a fim de que o processo civil seja capaz de promover uma tutela efetiva e tempestiva, é possível, também, que as partes – dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido – estipulem mudanças no procedimento²⁰.

Interessante notar, também, disposição contida no artigo 166, §3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual, na mediação e na conciliação, “admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.” (grifo nosso).

Em suma, apesar de a mediação e a negociação diferenciarem-se no tratamento processual recebido pelo ordenamento brasileiro e apresentarem marcantes diferenças em seus aspectos procedimental e teórico, destaca-se a existência de diversas técnicas e conceitos utilizados em ambas as ferramentas de solução alternativa de conflitos, a exemplo das técnicas negociais. É o que exploraremos a seguir.

4. As coincidências e as diferenças entre a Mediação e a Negociação

A mediação e a negociação constituem espécies do gênero *Meios Alternativos de Solução de Conflitos* (MASC)²¹. Quanto a estes, em geral, podemos destacar que a sua principal característica é a intenção de retirar, do Poder Judiciário, o monopólio jurisdicional, a fim de oferecer à sociedade

20 MARINONI, LUIZ GUILHERME. ARENHART, SÉRGIO CRUZ. MITIDIERO, DANIEL. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 3 ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 320.

21 Nos Estados Unidos, foram batizados de mecanismos de ADR – *Alternative Dispute Resolution*. Na Argentina, são identificados como meios de RAC – *Resolución Alternativa de Conflictos*.

opções que melhor se adequem a cada caso.

Inicialmente, cumpre traçar as diferenças que marcam estes dois institutos de MASC. Essencialmente, cumpre dizer que eles se diferenciam na forma como são geridos – a partir da presença, ou não, de um terceiro imparcial. Nestes termos:

“Por negociação entende-se o processo pelo qual as partes envolvidas no litígio, diretamente e sem a intervenção de uma terceira pessoa, buscam chegar a uma solução de consenso. A negociação envolve sempre o contato direto das partes ou de seus representantes; não há aqui um terceiro, um neutro, um mediador, um árbitro, ou ainda um juiz. (...) Na mediação insere-se a figura de um terceiro. Esse terceiro vai, de alguma maneira, atuar no relacionamento entre as partes envolvidas de forma a tentar obter uma solução conciliatória. Hoje, entende-se que essa mediação pode ser passiva, ou pode ainda ser uma mediação ativa. Na primeira modalidade, (...) sua ação será (...) a de um espectador/facilitador. Numa segunda postura, encontramos o mediador ativo que, no direito brasileiro, recebe o nome de conciliador”²².

É com base nesse fator distintivo, que se criou o costume de chamar a mediação de verdadeira “*negociação assistida*”, em que há a intermediação de um terceiro neutro, que tenta restabelecer uma comunicação saudável e efetiva entre os envolvidos.

Salienta-se que o referido terceiro – mediador – deve ter a sua atuação pautada, a todo momento, no princípio da imparcialidade, expressamente previsto no art. 2º, I, da Lei de Mediação brasileira (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015). Ao contrário do negociador, que tem a possibilidade de atuar livremente em nome de seu representado – observados, sempre, os limites de autoridade decisória –, o mediador precisa ser alguém equidistante às partes, sem vínculos anteriores, garantindo o tratamento igualitário a todos os presentes à mesa e a imparcialidade dos trabalhos a serem conduzidos.

No que concerne às similitudes, podemos destacar 03 (três) pontos.

Primeiramente, temos que tanto a mediação, quanto a negociação podem ocorrer antes ou durante um processo judicial. O Código de Processo Civil de 2015, em claro viés de impulsionamento conciliatório, previu, em seu artigo 3º, a solução consensual dos conflitos como verdadeira norma fundamental do processo civil brasileiro. *In verbis*:

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

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

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

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

Em segundo lugar, podemos resgatar detalhe já apontado no capítulo anterior, que corresponde à disposição contida no artigo 166, §3º, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual, na mediação e na conciliação, “admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.” (grifo nosso).

Sendo assim, é comum observar, em sessões de mediação, a aplicação do Quadrante de Harvard, garantindo-se: I – a separação entre as pessoas e o problema; II – busca pelos interesses dos envolvidos, para além das posições adotadas por eles; III – a construção de soluções de benefícios mútuos; e IV – a

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 17, 2004, p. 10-11.

utilização de critérios objetivos para tal, garantindo-se a necessária legitimidade às propostas apresentadas.

Ainda dentro das técnicas negociais, observamos a utilização de determinados fatores psicológicos, que podem auxiliar no desenvolvimento de uma sessão frutífera. Dentre elas, destacamos as técnicas da *escuta ativa* e do *rapport*.

Segundo Maria Odete Fachada, “a escuta ativa implica que prestemos atenção não só ao conteúdo da mensagem de cada uma das partes, mas também aos sentimentos e emoções nelas implicadas, aos índices não verbais e ao contexto em que a mensagem é proferida”²³.

Assim, a escuta ativa é um processo por meio do qual se deixa a outra pessoa saber que você está prestando atenção, estimulando a confiança na comunicação que se está tentando estabelecer em uma sessão de mediação ou negociação.

Quanto ao *rapport*, o Manual de Mediação Judicial, elaborado pelo Ministério da Justiça no ano de 2010²⁴, traz a seguinte definição:

“Consiste no relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco – no caso da mediação com o processo em si, suas regras e objetivos. Há autores que sustentam que o *rapport* ‘sempre envolve três elementos: atenção mútua, sentimento positivo compartilhado e um dueto não verbal bem coordenado. Quando esses três fatores coexistem, catalisamos o *rapport*”.

Diante do exposto, devemos ter em mente que, em termos gerais, tanto a mediação quanto a negociação são afetadas diretamente por fatores psicológicos, que devem ser estudados e compreendidos para se garantir o andamento produtivo da sessão – o mediador e o negociador são, portanto, não só pessoas que estão lidando com questões legais, mas, principalmente, pessoas que têm, em suas mãos, diversos aspectos pessoais que devem ser entendidos e apropriados da maneira mais adequada possível.

Por fim, vale destacar que, em ambos os instrumentos de solução alternativa, tende-se a se fazer uso de uma agenda – espécie de pauta criada pelo mediador e pelo negociador para guiar a respectiva sessão, apontando-se os principais pontos a serem discutidos, bem como os avanços realizados ao longo das tratativas, de forma a facilitar o próprio processo de organização e consolidação de eventuais acordos alcançados.

A mediação e a negociação, portanto, são institutos que, apesar de apresentarem distinções bem delineadas, guardam bastante correlação entre si. Veremos a seguir, com base em dados empíricos, que tais instrumentos constituem – ou deveriam constituir – uma espécie de tendência no âmbito jurídico brasileiro, a fim de se garantir a efetividade da sistemática de resolução de conflitos em nosso país.

5. A Mediação e a Negociação como um futuro inevitável na manutenção do funcionamento do sistema de desopressão de disputas

Segundo os dados mais recentes divulgados²⁵ pelo Conselho Nacional de Justiça em seu Relatório de Justiça em Números 2019 (ano-base 2018)²⁶, chegam a 78,7 milhões os casos pendentes

23 FACHADA, Maria Odete. **Psicologia Relações Interpessoais**. Editora Rumo: Lisboa, 1991, p. 323.

24 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL. **Manual de Mediação Judicial**, 2. ed., 2010, p. 98. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/2016/07/CNJ-Manual_Mediacao.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

25 Até o dia 30 de julho de 2020, quando concluído esse texto, ainda não estavam disponíveis no Conselho Nacional de Justiça os dados de 2020, ano-base 2019.

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

no Judiciário brasileiro. Esse elevado quantitativo de casos pode ser atribuído: a) tanto à noção de que a ordem constitucional é permeada pela ideia de que o exercício da jurisdição deve ser garantido a todo e qualquer cidadão, seguindo os ditames da igualdade e da isonomia – realizando-se a previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição; b) como à expansão dos meios de comunicação, à conscientização progressiva dos cidadãos em relação aos seus direitos e ao fortalecimento dos órgãos jurisdicionais.

Logo, instaurou-se, no Brasil, uma realidade de multiplicação exacerbada da cultura de litigância judicial, ocasionando um congestionamento no sistema. Como consequência, nem todos os processos conseguem obter, no curso de um ano, uma resposta jurisdicional com a mesma velocidade que ingressam. Ficam pendentes, anualmente, o que a mesma pesquisa trata como “*taxa de congestionamento*” do Poder Judiciário, um percentual de 74%, 53%, 70% e 41% de processos, respectivamente, na Justiça Estadual, na Justiça do Trabalho, na Justiça Federal e na Justiça Eleitoral.

Considerando a atual crise do Judiciário, é preciso avaliar se a demanda judicial é mesmo a mais viável ou efetiva, a depender do conflito a ser solucionado.

“Não se discute mais que a jurisdição hoje não atende de forma efetiva à demanda social de pacificação e resolução das controvérsias, além de não ter sido capaz, apesar de todos os esforços envidados, de acompanhar o frenético e acelerado ritmo das transformações culturais e sociais que acompanhamos desde o fim do milênio passado”²⁷.

Ainda nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, grande Mestre especializado no estudo dos métodos alternativos de resolução de conflitos, “o que se deve compreender, e este é o ponto nodal da questão, é que os mecanismos de solução alternativa não vieram para tomar o lugar da jurisdição. (...). Em determinadas situações nenhum instrumento é mais efetivo do que a jurisdição; há outras em que, por melhor que seja o juiz e por mais adequado que seja o procedimento utilizado, a jurisdição simplesmente não se revela adequada”²⁸.

A título de exemplo, o ilustre autor faz menção a uma disputa entre vizinhos originada a partir de uma discussão, na qual um deles se sentiu ofendido em sua honra e pleiteia danos morais. Aqui, temos um componente emocional mais forte do que o jurídico. “Temos, então, um conflito humano por trás do conflito jurídico, razão pela qual apenas uma atividade de verdadeira mediação será capaz de identificar e solucionar esse componente humano, a fim de que novos conflitos jurídicos não venham a ocorrer”²⁹.

Em nossa sociedade de cultura litigiosa, o que vemos acontecer, diariamente, em casos como o citado acima, é a propositura de ações que, na maioria das vezes, arrastam-se por muito mais tempo do que o esperado pelas partes. Além disso, ao ser proferida uma sentença, é certo que um dos envolvidos sairá se sentindo o “perdedor”, o que gera um inevitável alongamento daquele conflito – eles continuarão sendo vizinhos e o conflito, em sua raiz, não terá sido realmente resolvido.

Quando estamos diante de métodos alternativos, ao contrário, costuma-se dizer que “*a caneta da sentença está nas mãos dos interessados*”. Não seria absurdo imaginar, por exemplo, que um dos vizinhos tenha se arrependido da postura que veio a adotar no momento de tensão, desejando colocar aquele episódio no passado e garantir um clima amigável nos arredores de sua moradia.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 17, 2004, p. 13.

28 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 17, 2004, p. 14.

29 Ibidem.

Não podemos garantir, por óbvio, que eventual mediação/negociação será frutífera, mas, ao pularmos essa importante etapa e irmos direto para a seara judicial, estamos fomentando uma tradição litigiosa que já se perpetua há décadas – podemos dizer, inclusive, que estamos tirando dos interessados a possibilidade de pacificarem, definitivamente, um conflito que vai além de questões meramente patrimoniais.

Considerando já ser evidente, para grande parte da comunidade jurídica, a inefetividade de uma utilização indiscriminada da jurisdição estatal para todo e qualquer tipo de conflito, faz-se importante, aqui, levantar uma questão ainda mais urgente: o colapso inevitável do sistema judiciário, caso continuemos fomentando, desenfreadamente, a cultura litigiosa nas próximas décadas.

Com o fim de corroborar tal afirmativa, revela-se importante colacionar os dados também disponibilizados no Relatório de Justiça em Números 2019 (ano-base 2018), segundo o qual “o custo do Poder Judiciário (...) representa 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil (dados de 2017 indicam 1,4% do PIB) e 0,14% nos EUA (país de dimensões comparáveis). Em comparação com outros estados com estrutura do Judiciário e direito processual similar, o custo do Brasil também se demonstra superior como acontece com Portugal (0,3% do PIB), Espanha (0,3% do PIB), Itália (0,3% do PIB) e França (0,2% do PIB)”³⁰.

Com relação ao quantitativo processual, complementarmente às informações trazidas no início desse capítulo, o mesmo estudo destaca que “dados ainda do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) referentes ao ano de 2016 (CNJ, 2017) informam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Apesar de ter havido atendimento à demanda da ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, 3,6%. Desde 2009, o crescimento acumulado foi de 31,2%, representando um acréscimo de 18,9 milhões de processos”.

Consequência inevitável de tal quantitativo, conforme já assinalado anteriormente, é a demora na prestação jurisdicional. Para receber uma sentença no Poder Judiciário, um processo em fase de conhecimento (fase inicial) leva em média 1 ano e 4 meses. Terminada essa fase, o processo segue para a fase de execução e a demora aumenta ainda mais: 4 anos e 6 meses em média. Isso significa uma espera de quase 6 anos para ver um processo resolvido em primeira instância. Caso haja recurso, a espera é ainda maior³¹.

A referida pesquisa³² traz, ainda, uma descrição comparativa entre processos homologados – que passaram por algum procedimento de conciliação ou mediação – e processos não homologados – que seguiram o curso ordinário. Observou-se, principalmente, que processos homologados: (i) têm média de duração menor do que processos não homologados, mesmo considerando classes, assuntos e cidades; (ii) apresentam menor quantidade de movimentos por processos do que processos não homologados.

A duração média observada no conjunto de todos os processos foi igual a 1.019,5 dias, o que corresponde a 2,8 anos, aproximadamente. Considerando a análise por tipo de processo, observa-se que a duração média de processos homologados é 585 dias (aproximadamente 1 ano e meio) enquanto que para processos não homologados a duração média é 1.061 dias (aproximadamente 3 anos).

Considerando todo o exposto até aqui, não é difícil observar que os dados colacionados representam uma tendência desanimadora do Judiciário brasileiro. Seguindo tais proporções, é fácil

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

vislumbrar um verdadeiro colapso do sistema pátrio nos próximos anos.

De modo a evitar o crescimento exponencial de litígios judiciais, com o conseqüente aumento da morosidade processual e da prolação de decisões cada vez menos atentas/mais mecânicas, devemos impulsionar, na atual geração de advogados, a consciência de que o Poder Judiciário não é – e nem pode ser – o único caminho para a solução de controvérsias.

O funcionamento eficiente e sustentável do sistema de desopressão de disputas brasileiro depende, de forma direta, da colaboração dos nossos juristas, a fim de que seja formada, gradativamente, a consciência social da resolução de conflitos, reservando-se ao Judiciário apenas aqueles em que, realmente, as partes não consigam vislumbrar outra alternativa senão a intervenção estatal.

“Em um mundo como o nosso, marcado por profundas desigualdades - não só econômicas como também etnológicas e culturais - ao nosso ver é difícil, senão impossível, eleger uma única instituição ou categoria de pessoas que seja a melhor, a mais adequada para executar a mediação em todos os sistemas jurídicos. A melhor escolha do mediador para uns pode não ser para outros. O que pode ser conveniente para o modelo de justiça ocidental pode não ser para o oriental. Até mesmo no Oriente ou no Ocidente encontraremos diversidades econômicas, etnológicas e culturais que desaconselham a adoção de um padrão inflexível”³³.

6. Conclusão

Considerando o exposto ao longo dos tópicos acima, percebe-se que o objetivo principal do presente trabalho é chamar a atenção da comunidade jurídica à crescente necessidade de inserirmos, adequadamente, os métodos alternativos de solução de conflitos no cotidiano brasileiro.

A partir da instauração exponencial, no país, de uma realidade de multiplicação exacerbada da cultura de litigância judicial, que ocasionou um congestionamento no sistema, passou a ser relevante o estudo de mecanismos alternativos à jurisdição estatal, em um cenário de justiça multiportas, inserido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ressalta-se, que, não desconsiderando o evidente avanço trazido ao ordenamento por legislação mais recentes, como o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015), estes ainda guardam, em si, uma potencialidade imensa, tendo em vista que não só a sociedade como um todo, mas também a comunidade jurídica, ainda mantêm enraizada uma tradição litigante.

Não se trata da valorização das formas alternativas de solução de conflitos apenas em virtude de uma crise do Poder Judiciário, mas, em verdade, da valorização das multifacetadas formas de solução de conflitos, diante do seu real potencial em uma solução mais adequada dentro de um cenário multiportas, conforme explorado em capítulo próprio deste trabalho.

É certo que, se conseguíssemos fazer prosperar uma cultura mais consensual, em que os indivíduos passassem a identificar cada conflito por suas características essenciais, avaliando quando é, realmente, necessária – e efetiva – a movimentação da máquina judiciária, os processos correriam de forma bem mais célere e justa, do mesmo modo que cultivaríamos, na sociedade brasileira, relações mais saudáveis e bem resolvidas.

Por fim, importante a ideia de que a referida mudança deve começar por cada estudante e profissional do Direito, propagando-se a conscientização do quão benéfica pode ser a reformulação

33 SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. **O Moderno Conceito de Acesso à Justiça e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – A Mediação e a Escolha do Mediador**. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 32, n. 97, 2005, p. 123-141.

dos ideais jurídicos brasileiros. Parece-me difícil imaginar um futuro próspero, em que o colapso do Poder Judiciário não se instaure por completo, caso essa alteração de paradigma não seja perpetrada.

7. Referências

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee, Bologna:** Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective — a General Report**. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, São Paulo: Malheiros, 2005.

FACHADA, Maria Odete. **Psicologia Relações Interpessoais**. Editora Rumo: Lisboa, 1991.

FISHER, Roger e col. **Como Chegar ao Sim** – Como Negociar Acordos Sem Fazer Concessões. Acesso à justiça. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. ARENHART, SÉRGIO CRUZ. MITIDIERO, DANIEL. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 3 ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL. **Manual de Mediação Judicial**. 2010, 2. ed., Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/2016/07/CNJ-Manual_Mediacao.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Mediação – “A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”. In: PRADO, Geraldo (Org.) **Acesso à Justiça: efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias”. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 17, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>. Acesso em: 26 jul. 2020.

Princípios Fundamentais e Fases da Mediação. **Portal Europeu da Justiça**, 2019. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do>. Acesso em: 26 de jul. 2020.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. “O Moderno Conceito de Acesso à Justiça e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – A Mediação e a Escolha do Mediador”. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 32, n. 97, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo**, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 07 nov.2020.



O TEMPO DE DURAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO/ MEDIÇÃO EM AÇÕES DE ALIMENTOS: UMA LIMITAÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA SOLUÇÃO CONSENSUADA DE CONFLITOS JURÍDICOS?

**Marcia Cristina Xavier de Souza
Marcelo Conde dos Santos**

1. Introdução

A Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, teve, como uma das suas finalidades “obter-se um grau mais intenso de funcionalidade, [...] um processo mais célere, mais justo, mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”, como prometido em sua Exposição de Motivos. Até que ponto esta finalidade foi alcançada?

Outra finalidade precípua do Código foi a busca pela solução consensual dos conflitos levados ao Poder Judiciário. Diversos são os atos processuais e as indicações dos mesmos nos artigos da lei processual no sentido de dar às partes a devida oportunidade de ter suas questões resolvidas sem

a imposição do juiz. Até que ponto o estímulo às formas consensuais de resolução de conflitos está condizente com a realidade?

Pode-se, em parte, tentar trazer luz a estes questionamentos se, de forma metodológica, mesmo que limitadamente, observarmos um dos atos processuais que por este Código foi inovado, qual seja, a audiência de conciliação ou de mediação.

A autocomposição, como instrumento processual, possui seu rito formal. Este está previsto no mesmo Código de 2015. Mas está sendo seguido? O tempo destinado para a prática do ato processual de autocomposição é suficiente para o alcance de seus objetivos? Estas foram perguntas, que em meio a outras, balizaram os estudos recentes acerca do assunto. Especificamente, este ato foi internalizado a partir das experiências de países como Argentina, Alemanha e Estados Unidos da América, onde a ênfase era dar possibilidade às partes de pôr fim ao conflito de forma própria e não por uma forma imposta judicialmente.

Os questionamentos se tornam mais contundentes na medida em que a audiência de conciliação e de mediação é determinada a ser realizada nas ações de família. As questões de família são, tradicionalmente, as que mais se beneficiam da mediação para serem bem tratadas e um tempo adequado para a realização das audiências é fundamental.

Entretanto, a lei processual destina 20 minutos, no mínimo, para a realização de tais audiências e a indagação é se esse tempo é suficiente quando a causa se refere a questões familiares.

O presente artigo e a pesquisa de que ele se originou tiveram sede na necessidade de se analisar os processos de família em sua execução e buscar melhorias em seu funcionamento, esmiuçando atos processuais e criticando seus meandros, positiva ou negativamente, para se tentar otimizar a Justiça e assim buscar um de seus objetivos de lhe dar mais efetividade. Entretanto, sem a mensuração destes comportamentos dos operadores do Direito e seus impactos, não seríamos capazes realizar esta análise.

Para tornar possível a finalidade supracitada, a metodologia empregada pelo estudo inicial foi a pesquisa empírica. Delimitou-se o problema mais especificamente às ações de alimentos, e seu ambiente amostral foi de metade das conciliações dessas ações de uma das quatro Varas de Família do Fórum Regional de Jacarepaguá, da Comarca do Rio de Janeiro.

2. Meios consensuais de solução de conflitos

O estímulo às soluções consensuais para os conflitos levados ou não ao Judiciário é um dos princípios que regem o CPC de 2015, conforme está previsto no § 3º, do seu art. 3º.

Art. 3º ...

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

Como forma de melhor enfatizar este estímulo, o legislador instituiu uma audiência obrigatória para fins de obtenção de solução autocompositiva dos conflitos e criou duas figuras de auxiliares de justiça competentes para a facilitação junto às partes, bem como tentou definir suas atribuições ao longo do procedimento.

Contudo, e principalmente no que tange especificamente à busca de solução autocompositiva nas ações de família, as definições do legislador não lograram espantar todas as dúvidas relativas

ao tema. E, na prática, mesmo o Poder Judiciário ainda mantém a nomenclatura de conciliação para qualquer forma de solução consensual de conflitos¹.

2.1. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Novidade introduzida pelo CPC de 2015, a audiência de mediação ou de conciliação (art. 334, da lei) como ato processual obrigatório mereceu do legislador conceituação para tentar identificar as diferentes possibilidades de utilização.

A conciliação não consistia em novidade no processo brasileiro, sendo conhecida desde a entrada em vigor da CLT. Porém, no direito processual civil, ganhou destaque com a Lei das Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984) e, posteriormente, com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei n. 9.099/1995).

Sucessivas reformas do CPC de 1973 tentaram introduzir uma audiência de conciliação obrigatória no procedimento ordinário (art. 331), bem como instar o juiz a tentar conciliar as partes, ainda que em fase de audiência de instrução e julgamento (art. 447, *caput*). Este dever se estendia às causas relativas à família (art. 447, parágrafo único).

Com a visão voltada para outros meios de solução de conflitos, o CPC de 2015 (que revogou o CPC de 1973) colocou, como uma de suas normas fundamentais, a solução consensual, que deverá ser estimulada pelo Estado (art. 3º, §§ 2º e 3º), com a introdução paulatina de uma política pública focada em dar maior acesso à justiça. Entretanto, ao contrário de leis anteriores, o CPC atual é mais específico ao tratar da conciliação e da mediação², inclusive instituindo uma audiência obrigatória e criando dois novos auxiliares de justiça para exercerem as atividades autocompositivas em juízo.

Para tanto, o legislador processual teve o cuidado de conceituar as atuações dos dois novos auxiliares de justiça – conciliador e mediador – identificando as causas que, preferencialmente, devem ser levadas para solução por cada um desses meios:

“Art. 165...§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

Contudo, sua diferenciação conceitual no texto do CPC não esmaeceu todas as dúvidas³, sendo que uma das maiores delas se refere ao texto do art. 695⁴.

1 Veja-se, por exemplo, a cartilha do CNJ que informa que conflitos como os relativos a pensão alimentícia, guarda de filhos, divórcios, partilha de bens, acidentes de trânsito, dívidas em bancos, danos morais, demissões do trabalho, questões de vizinhança etc, podem ser resolvidos por conciliação, sem qualquer menção à mediação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 20 abr. 2020).

2 Apesar de ter sido mantido o dever do juiz em tentar a conciliação das partes como ato inicial da audiência de instrução e julgamento (art. 359, do CPC de 2015).

3 Em verdade há diversas divergências com relação aos conceitos de conciliação e de mediação, não só entre os doutrinadores brasileiros, mas também em relação aos estrangeiros. Para os italianos, por exemplo, a mediação é um procedimento para se chegar à conciliação (ver, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **Mediação obrigatória**: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411.a.>>. Acesso em: 03 maio 2020).

4 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 287.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

Para relações continuadas como são as de família, a indicação legal da possibilidade de realização de audiência de conciliação não parece ser a mais correta⁵.

Para Rosário Ortega, a mediação é a “intervenção de um terceiro, profissional ou profissionalizado, ou especialista, no conflito travado entre duas partes que não alcançam por si mesma, um acordo nos aspectos mínimos de ... comunicação”⁶. Francisco Cahali acredita que a “mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, na qual terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre partes”⁷.

Desses conceitos, podemos concluir que a mediação é um meio ou instrumento de intervenção, em que ocorre a atuação de um terceiro em um conflito entre duas partes, de forma a facilitar a comunicação ou o diálogo entre as mesmas com o propósito de se chegar a um acordo sobre o litígio. Spengler defende não apenas ter o propósito de se chegar a um acordo, mas, não sendo possível o acordo, “no mínimo recompor um diálogo e restabelecer um respeito mútuo entre conflitantes”⁸.

Petrônio Calmon aponta que a mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão⁹. Francisco Cahali dá o contraponto, caracterizando a conciliação como mais adequada para solucionar conflitos objetivos, em contraposição aos conflitos subjetivos das mediações. E aponta, inclusive, a conciliação como instrumento que se adapta melhor, devido às características já apontadas, às situações de relações entre pessoa física e instituição bancária, ou consumidor e fornecedor, por se tratar de relações não subjetivas, e sim objetivas e impessoais¹⁰.

Uma questão importante concernente à diferença entre mediação e conciliação no tocante à disposição prevista no § 2º, do art. 334, do CPC, que dispõe sobre a possibilidade de mais de uma sessão¹¹. No caso da mediação, dadas as peculiaridades das causas a serem levadas para tentativa de solução consensual, vislumbra-se a possibilidade (quicá, necessidade) de mais de um encontro. Entretanto, no caso da conciliação, “por se tratar de ato de negociação puro”¹², admite-se ocorrer uma única sessão. Assim, mais uma vez verifica-se o equívoco constante da redação do art. 696, da lei processual, pois apenas a mediação poderia sofrer subdivisões¹³⁻¹⁴.

5 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. “A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 253, ano 41, p. 163-184, mar. 2016, p. 180.

6 ORTEGA, Rosário *et all.* **Estratégias educativas para a prevenção das violências**, Tradução de Joaquim Osório. Brasília: UNESCO; UCB, 2002, p.147.

7 CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação**, resolução CNJ 125/2010, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.63.

8 SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de Mediação** (recurso eletrônico), Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p.88.

9 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.

10 CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação**, resolução CNJ 125/2010, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-40.

11 Art. 334, §2º. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, (...), desde que necessárias à composição das partes.

12 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 287.

13 Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (...).

14 No caso, a primeira audiência ou sessão seria considerada uma “pré-mediação” (GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. “Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei Nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105)”. *In*: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 509-527, 2017, p. 513 e 518).

2.2. PRINCÍPIOLOGIA DA MEDIAÇÃO

O CPC, em seus arts. 165 a 175 e 334, definiu os parâmetros de atuação da mediação judicial, incluindo seus princípios. Em paralelo, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), corroborou tais informações e complementou-as no que concerne à mediação extrajudicial¹⁵. É importante analisar tais princípios para se verificar se a duração da audiência de mediação atende aos mesmos.

Os princípios orientadores da mediação, segundo o art. 165, do CPC são da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Já a Lei de Mediação, em seu art. 2º, elenca os princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé¹⁶.

Primeiramente, é imprescindível que as partes sejam tratadas de forma isonômica. Segundo Fabiana Spengler, “não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar, com a garantia da compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas”¹⁷. Ressalte-se que para respeitar-se o princípio da isonomia das partes é imprescindível que se demande mais tempo na realização das audiências.

O princípio da busca do consenso é aquele que busca o retorno da comunicação entre as partes, para o qual o mediador é um facilitador. A busca não pode ser pelo acordo ou pelo fim do conflito. O acordo é finalidade da conciliação, mas na mediação o consenso pode ser obtido com o restabelecimento das relações pessoais, que pode até levar ao acordo. Para tal, é necessário que as partes, auxiliadas pelo mediador, consigam identificar o verdadeiro problema¹⁸ e seus respectivos interesses¹⁹.

O princípio da boa-fé tem por objetivo nortear a mediação na boa-fé objetiva, ou seja, as partes devem agir de forma ética e colaborativa entre si. A presunção que deve nortear as partes neste ato processual é de informações orais fidedignas ou autênticas. A boa-fé pode ser conceituada como “norma de conduta, impondo aos participantes de determinada relação jurídica que atuem de forma leal, respeitando a confiança legítima dos outros participantes²⁰”. Este princípio é tão importante que sua inexistência torna eminente o desacordo. E, por consequência, a necessidade de litigar judicialmente.

Pelo princípio da decisão informada busca-se que as partes tenham conhecimento pleno dos fatos e do direito. Agindo sob este princípio, o conciliador ou mediador deve verificar se as partes estão cientes de todos os seus direitos e dos direitos do outro²¹, bem como das consequências das decisões que vierem a tomar.

15 Não se pode esquecer que, acima de tudo, os princípios que regem os meios de solução de conflitos estão definidos na Constituição Federal e foram, em parte, positivados nos artigos 2º a 11, do CPC, não importando se esses meios são judiciais ou extrajudiciais (conciliação ou mediação, por exemplo).

16 Optou-se, aqui, por discorrer apenas sobre os princípios que são atinentes à discussão sobre a duração razoável das audiências de mediação em ações de família.

17 SPENGLER, Fabiana M. *Retalhos da mediação (recurso eletrônico)*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 88.

18 SPENGLER, Fabiana M. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 219.

19 Por tais motivos, criticam-se aqueles que esperam que o mediador alcance determinado número de acordos para ser remunerado ou bem avaliado (neste sentido, PEIXOTO, Ravi. “Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 94-110, 2017, p. 105).

20 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

21 PEIXOTO, Ravi. “Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 94-110, 2017, p. 102.

Para tentar resolver a dificuldade de uma ou ambas as partes desassistidas, e imbuídos do princípio da decisão informada, é que determinados mediadores ou conciliadores, em seu rito de audiência, incluem uma breve explicação sobre a codificação e a jurisprudência, em linguagem bem clara e simples, ou reuniões particulares com cada uma das partes, chamada de Cáucus²². Isso agrada a parte assistida, pois tudo que é informado ratifica o que o advogado já havia falado a seu cliente em seu atendimento. Mas, principalmente, informa o desassistido ou desassistidos, se for o caso, levando-os a tomar decisões com maior nível de conhecimento. O rito da audiência, desta forma, é a chave onde se verifica o respeito ao princípio da decisão informada.

Novamente, é positivo o pensamento de Barbosa Moreira, citando que a intenção do legislador alemão na reforma de seu Código era de fomentar este princípio.

“Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar ideia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhes, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”²³.

O procedimento supracitado institui ações para o reparo da flagrante desproporcionalidade de forças ou inexistência de forças equitativas, e do desconhecimento de direitos. Faz respeitar também o princípio da autonomia de vontade, intrinsecamente ligado ao princípio anterior da decisão informada. A autonomia de vontade só é plena com o conhecimento pelas partes de tudo relacionado aos seus direitos e deveres.

O princípio da confidencialidade é respeitado à medida em que todas as informações apontadas nas audiências de mediação limitam-se às mesmas. As informações que nascem na audiência podem ser de conhecimento externo somente em caso de resolução de autocomposição, conforme o acordo estabelecido²⁴. O operador do direito deve alertar quanto à confidencialidade logo no início da audiência de mediação, com o propósito de promover um ambiente mais propício e confortável entre as partes para uma discussão profunda e aberta com vistas à autocomposição²⁵.

O princípio da oralidade será respeitado à medida em que se respeitar e incentivar o diálogo entre as partes e não se documentar os atos praticados. Objetiva-se, nesta migração da formalidade escrita para a oralidade, rapidamente identificar problemas e suscitar possíveis soluções - ou entre as partes, ou entre seus patronos presentes à audiência. O princípio da oralidade ganha cores vivas quando há diálogo franco²⁶. Entende-se que tudo deve ser discutido na audiência pelas partes, e isto

22 Ibidem., p. 102.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”, *In: Temas de direito processual*. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.

24 SPENGLER, Fabiana Marion. *Retalhos da mediação* (recurso eletrônico), Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 87.

25 SALES, Lília M. de M. *Mediare-Guia Prático para Mediadores*, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 57.

26 PEIXOTO, Ravi. “Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015”. *In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 94-110, 2017, p. 102.

demanda tempo. As argumentações da parte autora são de conhecimento por terem sido expostas na petição inicial. Mas há logicamente a necessidade de tempo de argumentação por parte do réu que não teve suas alegações expostas e consequentes réplicas, tréplicas e negociações orais.

Por sua vez, o princípio da informalidade, ligado intrinsecamente ao da oralidade, é o acelerador do ato processual. Dentro da audiência, a falta de formalidades processuais torna célere aqueles objetivos anteriormente citados. Assim, problemas e soluções ficam vivos no decorrer dela. Todavia, a informalidade processual não pode ser confundida com a ausência de técnica e método. Técnicas de comunicação e negociação, com a finalidade de facilitar a comunicação, recompor o diálogo, e buscar conhecimento de suas próprias responsabilidades na solução do conflito entre os litigantes, são indispensáveis²⁷.

Mas se, apesar de restabelecido o diálogo, da conscientização das partes quanto às suas responsabilidades no conflito, e da informação sobre os direitos e deveres de cada um, de acordo com a codificação e jurisprudência, a parte não desejar um acordo? Ao entender e respeitar essa posição, atender-se-á ao princípio da autonomia de vontade que é buscado. A parte deve ser livre para, a qualquer momento durante a audiência, tratar ou distratar, até que se assinie a assentada resultante. Ao discutir as bases de um possível acordo, a parte pode sentir-se prejudicada de alguma forma. Pelo princípio da autonomia de vontade, essa parte é livre para distratar até antes das assinaturas da assentada se se entender prejudicada.

2.3. COMPLEXIDADE DO ATO DE AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO

Desta feita, se determinado ato é uma audiência de conciliação ou mediação, se será feito em uma sessão ou duas (artigo 696 do CPC), devem-se respeitar os princípios. E o respeito inclui a destinação de tempo suficiente para audiência, equilibrando a relação processual e não deixando de esquecer nada²⁸.

Aluísio Mendes e Guilherme Hartmann apontaram que esta complexidade deve abordar minimamente a “troca de argumentações que naturalmente irá se desenvolver no cotejo da audiência”²⁹.

É digna de nota a visão de que as partes no ato da audiência devem ser constantemente instruídas qualitativa ou quantitativamente³⁰. O intuito é que as mesmas não sejam surpreendidas por qualquer consequência ou direção que qualquer proposta, se aceita, possa trazer ou conduzir. Desta feita, deve-se tentar empoderar as partes para negociarem dentro de margens realísticas e que possam ser exitosas para o fim do conflito social ou, ao menos, para o restabelecimento do

27 BEDÊ Jr. Américo; CHMATALIK, Cristiane C. “Conciliação – As Técnicas de Negociação e a nova Política Judiciária Instituída pelo novo CPC na Justiça Federal”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 431-441, 2017, p. 435.

28 SILVA, Irapuã Santana do Nascimento. “Existe Possibilidade de Acordo no Novo CPC”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 447-450, 2017, p. 448.

29 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 253, ano 41, p. 163-184, mar. 2016, p. 111.

30 SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da mediação** (recurso eletrônico), Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 88.

diálogo. Enfim, o assunto é tratado com tal personalidade que Cahali citou como rito de mediação o seguinte caminho:

“(a) contato com os interessados, explicando o instituto, suas vantagens e desvantagens; (b) identificação das questões, baseando-se na técnica do “Looping”, ou seja, questões circulares reflexivas; (c) reflexão sobre o exposto entre as partes; (d) identificação e sugestão, em vinculação, pelas partes de possíveis soluções para o conflito (brainstorm); e (e) lavratura do termo final”³¹.

Desta forma podemos observar que devido à gama de princípios a serem respeitados e todas as suas implicações em caso de esquecimento, devido a necessidade de troca de argumentações e necessidade de obediência a vários parâmetros de negociação, Trícia Cabral³² defende que audiências marcadas de 20 em 20 minutos, como estabelecido pelo § 12 do art. 334. do CPC, não resolvem e que “o tema merecia um tratamento diferenciado diante das particularidades da atividade [...] ser de ao menos **uma hora de intervalo** para que a sessão tenha a qualidade necessária, com mais chances de êxito”.

De qualquer modo, a busca do “verdadeiro problema” supracitado é uma tarefa longa e que não pode ser alcançada por um mediador em uma audiência de 20 minutos, como indica a lei e é a prática em diversos tribunais.

3. A pesquisa sobre a duração razoável das audiências de mediação nas causas de família

A doutrina tende a considerar que o tempo legalmente definido para a realização das audiências de mediação, notadamente em causas que versem sobre direito de família, é insuficiente para que o mediador possa bem conduzir as tentativas de autocomposição. De posse de tais posições teóricas, foi empreendida uma pesquisa empírica para tentar se verificar se há razão nas opiniões apresentadas³³.

3.1 PESQUISA EMPÍRICA E SEU AMBIENTE AMOSTRAL

O trabalho de coleta durou 19 meses, entre maio de 2018 e outubro de 2019. Os dados foram coletados após as audiências de conciliação de um dos dois conciliadores, na 3ª Vara de Família do Fórum Regional de Jacarepaguá, da cidade do Rio de Janeiro-RJ, com base nos resultados das assentadas.

Considerando-se que o referido Fórum Regional conta com 4 varas de Família e que na sua 3ª Vara de Família existem apenas 2 conciliadores, que dividem todos os processos, tem-se aproximadamente 1/8 das demandas de problemas de família sendo levadas para resolução. Trata-se, portanto, de 12,5% da demanda total das ações de família daquele Fórum Regional durante os 19 meses de audiências.

31 CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem:** mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 63-66.

32 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, p. 478.

33 A pesquisa foi efetuada como trabalho de conclusão de curso de Bacharelado de Marcelo Conde dos Santos. **O Ato Processual da Conciliação em Processos de Direito de Família:** tendências e limitações perante o novo Código de Processo Civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Este, portanto, foi um espaço amostral significativo e com aleatoriedade de dados fornecidos pelo setor de distribuição do Fórum Regional. Assim, foi possível supor que os dados levantados podiam ser facilmente multiplicados por 8 para entendê-los como representativos da totalidade do comportamento social jurídico daquele grupo social. Além disso, o número de audiências da coleta de dados foi estatisticamente significativo, sendo de 418 (quatrocentas e dezoito) audiências de ações de família, das quais 360 (trezentos e sessenta) foram audiências de alimentos para o período apontado.

Destas, 148 audiências marcadas não se realizaram por ausência de uma ou de ambas as partes, seja por negativa de citação ou por qualquer outro motivo. As demais 192 audiências se realizaram nos dias marcados nas pautas da Vara, das quais redundaram acordos em 129 casos, e em desacordos nos 63 restantes. Dentre essas ações de alimentos, 13 foram ações de oferta de alimentos, 170 foram ações de autoria de menores representados por sua Responsável Legal e 9 de autoria de ex-cônjuge.

Tendo em vista, a alta taxa de insucessos das conciliações em ações de revisões de alimentos e sua longa duração para acordos (42 minutos em média) e baixíssima duração para desacordos (21 minutos), este foi o único tipo de ação de alimentos excluído do trabalho empírico no período de pesquisa (4 acordos em 13 audiências realizadas de revisão, com audiências)³⁴.

3.2. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA QUANTO AO TEMPO MÉDIO DE ACORDOS EM AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE ALIMENTOS

A primeira questão levantada para o estudo empírico foi: “quantos minutos duram em média as audiências de mediação em ações de alimentos nas Varas de Família?” Para responder à questão, o pesquisador registrou o sucesso ou insucesso das audiências ao longo do tempo em colunas de contadores de uma planilha de resultados. Nestas, estabeleceu-se o valor “1” para quando a ação é de alimentos e “0” para outras ações, como ações de guarda, de dissolução da união estável ou divórcio e outras ações, bem como excluiu as ações de revisões de alimentos pelos motivos supracitados. Também foi registrado o tempo de cada uma destas audiências e somado o total tempo de audiências, de audiências com acordo e de audiências sem acordo. Como resultado resumido obteve-se o quadro abaixo:

Resultados das Audiências de alimentos	Total	Tempo total gasto (min)	Média de Duração das Audiências
Desacordos	63	1508	23 min e 56 seg
Acordos	129	3444	26 min e 42 seg
Audiências de alimentos	192	4952	25 min e 42 seg

34 SANTOS, Marcelo Conde. **O Ato Processual da Conciliação em Processos de Direito de Família: tendências e limitações perante o novo código de processo civil**, Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 94.

4. Duração das audiências de mediação

Como observado na exposição de motivos do CPC buscou-se o potencial de uma justiça mais célere e mais participativa com a introdução da solução consensual de conflitos. O art. 3º, em seu § 3º, do CPC, apontou a estimulação da busca desta solução com o uso da audiência de conciliação e de mediação. Inferindo, inclusive, que “incentivar”, como está no texto da lei, pode ser traduzido para a busca de ações dos atores da justiça.

Assim sendo, parece importante observar que, para a realização desse ato processual da audiência de mediação, é necessário respeitar os princípios da decisão informada, da autonomia das partes, e todos os demais princípios norteadores da mediação e da conciliação, com a possibilidade da ausência dos representantes apontados pelo art. 6º da Lei n. 5478/64 (Lei de Alimentos).

Para tanto, verifica-se a necessidade de uma duração maior do que 20 (vinte) minutos para a audiência de mediação, conforme estipulado pelo art. 334, § 12, do CPC, uma vez que a audiência reclama um trabalho amplo, complexo e profundo. Segundo Trícia Navarro Cabral, em que pese o disposto no § 12 do art. 334 do CPC, falar em mínimo de 20 minutos, de intervalo mínimo entre o início de uma audiência e o início de outra não é uma realidade.

“No caso de procedimento de mediação, o tema necessita um tratamento diferenciado, diante das peculiaridades da atividade, sendo que das duas uma: ou a lei não deveria estabelecer um tempo mínimo ou este deveria ser de ao menos de uma hora de intervalo para que a sessão tenha a qualidade necessária, com mais chances de êxito”³⁵.

Com os resultados apontados no capítulo anterior relativos à questão, foram apresentados o conflito entre o emprego, nas Audiências de Mediação, dos princípios anteriormente citados e o exposto no § 12 do art. 334, do CPC. Tentou-se colocar luz, mesmo que apenas sob determinada perspectiva, na necessidade da justiça de dispor de mais tempo para a execução das referidas audiências. Acredita-se que esse mínimo deveria ser elevado, tomando os resultados à questão da média de tempo das audiências com acordos em ações de alimentos, que foi de 26 minutos e 42 segundos. Sendo assim, é lícito supor que, com o tempo mínimo disponível acima de 27 minutos para a execução das audiências, haveria tempo suficiente para possibilitar uma maior discussão entre as partes e uma maior possibilidade de empoderar as partes através do respeito ao princípio da decisão informada, alcançando uma maior possibilidade de acordo.

Entretanto é importante se discutir qual seria o tempo ideal para a realização da audiência de mediação.

Caso se estabeleça como o mínimo de duração a marca de 30 minutos para as audiências de mediação, o tempo disponível destas audiências possibilita que 76,59% das mesmas tenham a sua extensão respeitada e sua complexidade resolvida (um pouco mais que 3/4 do total de audiências), contra apenas 37,23% (pouco mais que 1/3 do total de audiências) de audiências se a duração for mantida em vinte minutos, conforme o atual § 12 do art. 334, do CPC³⁶.

Entretanto, qual é o efeito de não ser aumentado para 30 minutos o tempo das audiências

35 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, p.478.

36 SANTOS, Marcelo Conde. **O Ato Processual da Conciliação em Processos de Direito de Família: tendências e limitações perante o novo código de processo civil**, Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 98.

como observado anteriormente? Ou seja, qual o efeito de serem mantidos os atuais 20 minutos de duração das audiências?

Nessa situação, nos dias de presença total das partes e uso da média de tempo das audiências de alimentos - com até 11 audiências no mesmo dia – se teria um atraso acumulado de 80 minutos na última audiência. Esse atraso pode até ser maior, se for considerado um dia em que as audiências ocorram acima da média, comprometendo, com a espera, a possibilidade de alcance dos objetivos do instrumento processual, o que seria prejudicial à solução pacífica do conflito.

Observa-se que a indiferença ao acúmulo de tempo em dias de audiências ou pautas com marcação britânica em audiências de conciliação e mediação poderá gerar problemas internos e externos às mesmas. Como problemas internos pode ser citado o desrespeito aos princípios já mencionados no presente artigo, que são caros no cuidado com uma solução pacífica para o conflito. Como problemas externos, tem-se os advindos da impaciência, do nervosismo, da irritação e de outras inquietações que podem surgir entre as partes e que podem inviabilizar um eventual consenso.

Em que pese o enunciado 583 do Fórum Permanente de Processualistas Civis apontar que o tempo mínimo não é o tempo de audiência³⁷, parece que o enunciado 151 do mesmo fórum ainda tem mais força³⁸, por considerar as audiências de mediação simples tentativas de conciliação (em que pese tratar-se de audiências trabalhistas). Pois, se fossem consideradas sérias e complexas, deveriam prever ou reservar o mínimo de 1 (uma) hora como o próprio enunciado 151 trata e que Trícia Cabral aponta.

Em se mantendo os atuais 20 minutos de duração de uma audiência de mediação em ações de família – no caso, em ações de alimentos, torna-se difícil obedecer-se ao ritual definido pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu Manual de Mediação Judicial, como requisitos recomendados a serem cumpridos pelo mediador³⁹: a) Abertura; b) Reunião de informações; c) Negociação; d) Fechamento.

O intuito do rito anteriormente descrito, além de uniformizar o objeto que foi estudado, foi fixar as fases apontadas no Manual de Mediação Judicial, atender ao melhor interesse da criança e alcançar as metas criadas por Roger Fisher: separar pessoas de problemas; concentração no interesse final e não na marcação de uma posição; criar ou observar variedade de soluções; e definir um resultado a partir de algo ou padrão objetivo⁴⁰.

Observa-se que cumprir o rito em tela e estabelecer técnicas negociais, como o previsto no artigo 166, § 3º, do CPC, toma efetivamente mais tempo que 20 minutos. Os resultados apontaram, como já foi dito, não se tratar de algo simples, como corroborado pela doutrina⁴¹. Instruir qualitativa ou quantitativamente a audiência de mediação pede um respeito traduzido em duração mínima de 30 minutos.

37 Enunciado 583, do FPPC: O intervalo mínimo entre as audiências de mediação ou de conciliação não se confunde com o tempo de duração da sessão.

38 Enunciado 151, do FPPC: Na Justiça do Trabalho, as pautas devem ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências designadas para instrução do feito. Para as audiências para simples tentativa de conciliação, deve ser respeitado o intervalo mínimo de vinte minutos.

39 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 163.

40 FISHER, Roger; URY, William L.; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A Negociação de Acordos sem Concessões**, 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 29.

41 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. **As Garantias Fundamentais do Processo e o Instituto da mediação judicial: Pontos de Tensão e de Acomodação**, **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3 n. 5, p. 903-904, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/40880215/QUEIROZ_Pedro_Gomes_de_PINHO_Humberto_Dalla_Bernardina_de_As_garantias_fundamentais_do_processo_e_o_instituto_da_mediação_judicial_pontos_de_tensão_e_de_acomodação_Revista_Jurídica_Luso-Brasileira_ano_3_n_1_p_849-913_jan_fev_2017?sm=b>. Acesso em: 18 jun. 2020, p. 105; CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução** CNJ 125/2010, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66; SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de Mediação** (recursos eletrônicos), Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p.88.

5. Conclusão

Após 19 meses de pesquisa empírica, durante a condução de 418 pregões, sendo 360 pregões de ações de alimentos, com efetivas 192 audiências de alimentos que levaram a 129 acordos e 63 desacordos, na 3ª Vara de Família do Fórum Regional de Jacarepaguá, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, pode-se acreditar que ensinamentos e boas observações podem ser feitas a respeito da inserção das Audiências de Mediação e Conciliação no Código de Processo Civil de 2015. Tais observações e ensinamentos estão baseados na questão levantada na introdução do presente artigo.

Da questão – sobre o tempo de duração das audiências – pode-se constatar que a complexidade do rito e sua necessidade de respeito aos princípios norteadores das mediações e das conciliações acarretam maiores demandas que aquelas estabelecidas no artigo 334, § 12 do CPC. Um aumento desse parâmetro do referido texto legal, para 30 minutos, permitiria que 76,59% das audiências (independentemente de acordos) fossem realizadas sem pressa e com total comprometimento. Isso geraria ainda a redução dos possíveis 80 minutos de atraso na última audiência, em uma pauta de 11 pregões possíveis, para uma situação que pode chegar a zero atraso.

Assim sendo, sugere-se que estas audiências devam ocorrer em intervalos maiores que os estabelecidos pelo § 12, do art. 334, do CPC, para que as partes cheguem a este momento processual respeitadas, como todo cidadão merece e sem os desconfortos de horas intermináveis de espera em corredores de tribunais. Observa-se, dessa forma, que os objetivos da obtenção de solução consensual de conflitos e da celeridade da prestação jurisdicional estariam sendo alcançados.

6. Referências

BEDÊ Jr., Américo; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação – “As Técnicas de Negociação e a nova Política Judiciária Instituída pelo novo CPC na Justiça Federal”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 431-441, 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015”. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 463-484, 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FISHER, Roger; URY, William L.; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A Negociação de Acordos sem Concessões**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. “Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei Nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105)”. *In*: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 509-527, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. “A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 253, ano 41, p. 163-184, mar. 2016.

_____. “A audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil”. *In*: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 109-128, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *In*: **Temas de direito processual**. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

ORTEGA, Rosário *et all*. **Estratégias educativas para a prevenção das violências**. Tradução de Joaquim Osório. Brasília: UNESCO; UCB, 2002.

PEIXOTO, Ravi. “Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015”. *In*: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 94-110, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411.a.>>. Acesso em: 03 maio 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. “As Garantias Fundamentais do Processo e o Instituto da mediação judicial: Pontos de Tensão e de Acomodação”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3 n. 5, p. 903-904, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/40880215/QUEIROZ_Pedro_Gomes_de_PINHO_Humberto_Dalla_Bernardina_de._As_garantias_fundamentais_do_processo_e_o_instituto_da_mediação_judicial_pontos_de_tensão_e_de_acomodação._Revista_Jurídica_Luso-Brasileira_ano_3_n.1_p._849-913_jan._fev._2017?sm=b>. Acesso em: 18 jun. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; SANTANNA, Ana Carolina S. **Considerações sobre a mediação no direito italiano**. 2016. Disponível em: <<https://www.academia.edu/19710949/CONSIDERAÇÕES>>

SOBRE A MEDIAÇÃO NO DIREITO ITALIANO?auto=download>. Acessado em: 20 jun. 2020.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare-Guia Prático para Mediadores**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

SANTOS, Marcelo Conde. **O Ato Processual da Conciliação em Processos de Direito de Família: tendências e limitações perante o novo código de processo civil**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento. “Existe Possibilidade de Acordo no Novo CPC”. *In*: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 447-450, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Retalhos de Mediação** (recurso eletrônico). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

_____; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.



A MEDIAÇÃO ON-LINE SOB O INFLUXO DA TECNOLOGIA NO CENÁRIO EMPRESARIAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Mariana da Silva Brito
Rodrigo Soares Peva

1. Introdução

De início, é importante pontuar que as relações comerciais são dotadas de uma certa carga de dinamismo ocasionada por fatores de índole econômica, política ou até mesmo sanitária.

Em virtude da covid-19¹, mais popularmente conhecida como corona vírus, diversos segmentos empresariais se viram diante de um evento imprevisível e de alto impacto, que demandou uma atuação eficiente para minimizar os prejuízos decorrentes do fechamento compulsório dos estabelecimentos em atenção às normas sanitárias.

Nesse íterim, é propício o espaço para o surgimento de conflitos internos dentro da estrutura empresarial, principalmente em razão da necessidade de tomada de decisões relevantes e necessárias

¹ A covid-19 é uma doença ocasionada pelo SARS-CoV-2, que tem como sintomas a tosse, febre, dor de garganta e dificuldade em respirar, podendo levar o paciente a óbito. Dentre as precauções que devem ser tomadas para evitar a contaminação, deve ser observado: o distanciamento mínimo de dois metros de qualquer pessoa tossindo ou espirrando, evitar abraços e apertos de mãos, evitar circulação desnecessária nas ruas, manter os ambientes limpos e arejados, dentre outros. Para saber mais sobre a covid-19. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

para a preservação da empresa.

Diante dos conflitos surgidos e da urgência em pacificá-los, surge a opção da mediação empresarial como uma resposta adequada para resguardar o sigilo empresarial, a preservação do nome da empresa e a imagem dela perante os consumidores, fornecedores, investidores e concorrentes.

Considerando a necessidade do distanciamento social, a mediação on-line revela-se adequada para resolver os conflitos da empresa, preservando a saúde de todos os interessados envolvidos e da empresa, atendendo o *compliance* que deve ser mantido por elas, notadamente em situações de crise.

Partindo de uma análise econômica do direito, o presente artigo pretende demonstrar como a mediação on-line pode trazer benefícios positivos para sociedades em períodos de incerteza jurídica, política e sanitária.

2. Linhas gerais sobre a mediação

A mediação² é um método adequado de solução de conflitos que envolve um terceiro imparcial, independente e alheio ao conflito, denominado mediador, que irá proporcionar o diálogo e cooperação para que as próprias partes busquem a solução do conflito.

Ela ganhou relevância com o advento da Resolução nº 125/2010³ do Conselho Nacional de Justiça, na medida em que esta teve como escopo estimular os métodos adequados de solução de conflito, instituindo um sistema multiportas, com o mister de desafogar a alta carga de processos que tramitava no Poder Judiciário.

Registre-se que a mediação está em compasso com o Novo Código de Processo Civil, na medida em que o §3º do artigo 3º estabelece que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensuais de conflito deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Poucos meses depois do Novo Código de Processo Civil foi editada a Lei de Mediação (13.140/2015)⁴ a qual instituiu o procedimento da mediação judicial e extrajudicial, trazendo normas gerais para a figura do mediador, bem como a possibilidade da parte ser assistida por advogado ou defensor público.

É preciso consignar que a mediação é informada pelos princípios⁵ da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, que deverão ser observados, inclusive, na tutela de interesses empresariais.

Vale destacar que a mediação extrajudicial possui como limite objetivo os direitos disponíveis, os quais são sempre transacionáveis, de sorte que o acordo firmado por instrumento público terá eficácia de título executivo extrajudicial⁶.

No que tange a figura do mediador, ele não possui qualquer tipo de poder coercitivo⁷ para

2 NETO, Adolfo Braga. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves [Coord.]. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 241.

3 Sobre a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que versa sobre a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, confira a figura do mediador no artigo 12 da resolução. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O marco legal da mediação no Brasil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 4.

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 668-670.

7 NIEVA-FERNOL, Jordi. **Mediação**: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

obrigar as partes a firmar um acordo, de modo que a autonomia das partes sempre irá sobrepujar.

Para que o cliente possa ser bem assessorado do início ao fim em uma mediação (seja ela on-line ou não), precisará ser decidido se será necessário uma câmara de mediação, se um advogado atuará nela e se a mediação será utilizada em conjunto com outro método de solução de conflito⁸.

Primeiramente haverá uma reunião de pré-mediação, na qual as partes receberão informação a respeito do funcionamento da mediação e o mediador, após verificar o interesse e disponibilidade das partes, organizará em conjunto com elas as sessões de mediação.

Após a pré-mediação, ocorrerá o discurso de abertura do mediador em cada sessão de mediação; o relato da perspectiva da questão por cada uma das partes, a definição da pauta de trabalho (com identificação dos interesses e necessidades de cada indivíduo); o auxílio do mediador a que os atores da mediação possam buscar múltiplas possibilidades de soluções para os itens previstos na pauta de trabalho, com a análise dos custos e benefícios de cada uma das escolhas para ambas as partes e, por último, a elaboração do termo de acordo⁹.

Considerando as características e princípios que envolvem a mediação, é possível concluir que haverá um espaço propício para que todos atuem em consonância com o princípio da operosidade¹⁰, facilitando, deste modo, a busca pelo acesso à justiça.

3. Mediação on-line sob a perspectiva tecnológica

O encontro da tecnologia com a necessidade de resolver as disputas entre as pessoas se observa por meio da mediação on-line, na forma do art. 46 da Lei 13.140 de 2015¹¹, ao promover:

“a pacificação social do ambiente micro do dissenso entre indivíduos ou entre pessoas físicas e jurídicas até o ambiente macro, onde se observam os grandes conflitos coletivos, em relação ao Estado, a grandes corporações ou a temas ambientais, de trabalho, de consumo (...)”¹².

Linda Rexer e Phil Malone alertam que o crescente número de ferramentas tecnológicas podem tanto facilitar o acesso à justiça como servirem de barreiras na adoção de estratégias tecnológicas efetivas para melhorar o referido acesso¹³. O mediador on-line, a título de exemplo, deverá se comprometer a selecionar a ferramenta mais confiável, de modo que o resultado da mediação não seja impactado negativamente.

Convém ressaltar, nesse sentido, que o enunciado 70¹⁴ da I Jornada de Soluções Extrajudiciais

8 ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário**. Sessão II. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p.10.

9 Ibidem., p. 18.

10 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro destaca que um dos princípios informadores do acesso à justiça é o da operosidade, o qual significa que “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participem direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar de forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o acesso à justiça. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71.

11 Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

12 NOBRE, Marcelo. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253.

13 CABRAL, James E. et al. “USING TECHNOLOGY TO ENHANCE ACCESS TO JUSTICE”. **Harvard Journal of Law & Technology**. V. 26, n. 1, Fall 2012. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v26/26HarvJLTech241.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

14 Enunciado 70 – Quando questionada a juridicidade das decisões tomadas por meio de novas tecnologias de resolução de controvérsias, deve-se atuar com parcimônia e postura receptiva, buscando valorizar e aceitar os acordos oriundos dos meios digitais.

de Conflitos traz à baila a (im)possibilidade de o Poder Judiciário rescindir um acordo celebrado em meio virtual, quando uma das partes se arrependesse do acordo realizado¹⁵.

Sob o prisma do covid-19 (e em breve do pós-covid-19), revela-se nos sujeitos integrantes da sociedade, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a consciência de que o mundo não pode permanecer inerte frente às demandas por tecnologias disruptivas¹⁶ ou, ao menos, incrementais, que possam garantir o sucesso de uma mediação.

Some-se a isso que o art. 3º do Novo Código de Processo Civil, ao dispor que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, ao trazer a expressão “apreciação jurisdicional”, segundo Humberto Dalla, o até então protagonista, Poder Judiciário, passa a ter que dividir o posto de personagem principal com serventias extrajudiciais ou câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais¹⁷.

Partindo da redação retro pode-se sustentar que a mediação seria incremental, ao se revelar uma ferramenta paralela que não substituiria o Poder Judiciário, mas que representaria “uma prática discursiva, do diálogo e não da força coercitiva”¹⁸ em situações em que as partes envolvidas na mediação estariam dispostas a experimentar abrir mais uma porta sem necessariamente precisar fechar a outra (do Poder Judiciário) definitivamente¹⁹.

Por outro lado, as tecnologias usadas pelas plataformas (Skype, Zoom, Teams, ou até mesmo alguma plataforma específica de mediação para e-commerce, B2B, B2P, dentre outras) podem até serem ainda consideradas por alguns um mero aprimoramento do que tínhamos no passado, mas a tendência é de que com o avanço tecnológico, tenhamos, por exemplo, um programa em realidade virtual em que será possível a realização de reuniões do mediador com as partes, sem o desconforto provocado por ficarmos muito tempo sentados ou por permanecermos por horas focados na tela do computador²⁰.

Poderá ser viabilizado, por exemplo, com a elaboração de ambiente virtual, com as funcionalidades predefinidas pelas partes e pelo mediador, com a utilização de um óculos 3D de realidade virtual²¹. No entanto, ainda é cedo para definirmos os próximos passos da tecnologia, mas o setor jurídico já vem observando a necessidade de suprir essa demanda tecnológica²².

15 NOBRE, Marcelo. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253.

16 Termo originalmente criado por Clayton Christensen no livro “The Innovator’s dilemma: When New Technologies cause great firms to fail” publicado em 1997, no qual o autor dizia: “In the near future, “internet appliances” may become disruptive technologies to suppliers of personal computer hardware and software” (CHRISTENSEN, Clayton M. **The Innovator’s Dilemma**, 1997, p. 18). De fato, hoje, em 2020, verificamos cada vez mais o uso de aplicativos e programas de computador que são aperfeiçoados, reinventados ou que vão além, interrompendo o seguimento normal de um processo. Esses aplicativos, conforme será abordado ao longo do artigo, irão contribuir para ajustar a mediação à realidade virtual, de forma que com o tempo não fará mais diferença se as partes estão frente a frente de forma presencialmente física ou virtual.

17 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. STANCATI, Maria M. S Martins. “A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais online, São Paulo, v. 254, abr./2016, p. 20.

18 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19**. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AME-DIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASSEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOPORFORCADAPANDEMIADCOVID19>>. Acesso em: 19 jul. 2020, p. 4.

19 Cf Lessa sobre o sistema de múltiplas portas. LESSA NETO, João Luiz. “O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?”. **Revista de Processo**, v. 255, ano 40, p. 430.

20 **Empresário cria plataforma em realidade virtual em tempos de quarentena**. Disponível em: <<https://revista-segurototal.com.br/2020/06/01/empresario-cria-plataforma-em-realidade-virtual-em-tempos-de-quarentena/>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

21 Ibidem.

22 **7 startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos online**. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/startups/lawtech/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediacao-de-conflito-online>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Mais importante do que a plataforma utilizada (ou se a tecnologia base é disruptiva ou incremental) é que o mediador possa se sentir seguro na plataforma escolhida, para que possa passar confiança para as partes, sempre priorizando plataformas que possam ter senha de acesso para que a confidencialidade possa ser assegurada²³.

Da mesma forma que é feita a pre-mediação, é preciso que seja realizada uma reunião de tecnologia, na qual as partes em conjunto com o mediador e alguma equipe de informática verificarão se existe algum problema técnico ou alguma dúvida na utilização da plataforma²⁴.

O mediador precisará, além de observar os pressupostos básicos do procedimento de mediação presencial, deverá orientar as partes para que estejam num local fechado com um bom sinal de internet sem pessoas por perto e que caso haja pessoas no local sejam informadas que começará no local uma mediação, em respeito aos princípios da transparência e da confidencialidade²⁵.

Somam-se a esses cuidados, o de o mediador ponderar junto com as partes sobre: 1) a necessidade ou não da gravação da reunião e, havendo necessidade, de que forma poderá ser feita tal gravação; 2) a assinatura de termo de confidencialidade; 3) o modo como os documentos poderão ser assinados (por docsign ou por um simples “de acordo” por e-mail (ou seja, será preciso pré-definir o nível de formalidade em cada parte da reunião); 4) a possibilidade de compartilhamento dos documentos na tela da plataforma e 5) a definição de o áudio ser aberto para todos ou para algumas pessoas²⁶.

A consequência da mediação digital deverá ser a busca pela pacificação social, sem delegação do poder de resposta à terceiro (Judiciário), com a cooperação entre os envolvidos, com “o restabelecimento do diálogo e proximidade, oralidade, redução de custos, rapidez”²⁷.

Para que seja possível a facilitação da “ ampla captação dos sentimentos, das angústias, dos interesses subjacentes ao conflito”²⁸ a fim de que o procedimento possa construir o consenso, é preciso que não só a tecnologia avance, mas que a popularização do acesso à internet e do aumento da velocidade desta, como forma de se acessar a ordem jurídica justa²⁹, direito básico de todo e qualquer cidadão.

Em que pese se demonstrar um mecanismo adequado para solucionar conflitos em que haja um vínculo anterior entre as partes, com o enfoque no diálogo, tal método encontra como óbice a carência na formação de bacharéis em direito, o que reforça o papel do Conselho Nacional de Justiça em dar ampla divulgação e estabelecer novas metas para o Poder Judiciário como um todo.

Todavia, tal Conselho instituiu a Mediação Digital³⁰, que trata-se de uma ferramenta em que o cidadão realiza um cadastro no site do CNJ, descreve o problema que se está enfrentando, de sorte que a empresa terá o prazo de quinze dias para responder, dando azo para que as partes dialoguem

23 MAIA, Andrea. GONÇALVES, Ana Maria Maia. FREITAS DE SOUZA, Mariana. **MEDIAÇÃO ONLINE** - Uma Abordagem Hands On. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NujQ5WZ_3FY>. Acesso em: 19 jul. 2020.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 MAIA, Andrea; GONÇALVES, Ana Maria Maia; FREITAS DE SOUZA, Mariana. **MEDIAÇÃO ONLINE** - Uma Abordagem Hands On. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NujQ5WZ_3FY>. Acesso em: 19 jul. 2020.

27 RODRIGUES, Alexsandra Gato Rodrigues et al. **MEDIAÇÃO DIGITAL: A SOCIEDADE MODERNA A UM CLIQUE DA JUSTIÇA** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/2-5.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

28 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19**. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AME-DIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASSEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOPORFORCADAPANDEMIADCOVID19>>. Acesso em: 19 jul. 2020, p. 13.

29 WATANABE, Kazuo. **Acesso À Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2828>>. Acesso em: 21 jul. 2020, p.6.

30 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

entre si e verifiquem os argumentos aduzidos a fim de estabelecerem um acordo.

Em seguida, o cidadão avalia o acordo, possuindo a prerrogativa de aceitá-lo ou não e, caso ele seja aceito, deverá ser assinado digitalmente e encaminhado para o juiz homologar.

Cabe destacar, ainda, que tal plataforma pode ser acessada tanto pelo computador, como pelo tablet ou celular, trazendo uma maior acessibilidade do acesso à justiça e praticidade para as partes envolvidas.

4. A mediação on-line no cenário empresarial

Com o aumento da crise econômica nos últimos anos, e mais precisamente no atual cenário da pandemia provocada pelo covid-19, a mediação poderá ser uma alternativa para sociedades simples ou empresárias, nacionais ou estrangeiras, em cenários locais ou transnacionais, como forma de enfrentar os conflitos internos (societários e relacionados às relações trabalhistas), as disputas externas (entre sociedades provocadas, por exemplo, por questões de propriedade intelectual) e os conflitos com consumidores, fornecedores, investidores e concorrentes.

Essa forma de solução de conflito será de grande valia também para as sociedades familiares e para as sociedades em processos de recuperação judicial e falência³¹. Essa ferramenta de autocomposição bilateral facilitada³² em todos esses contextos de crises serviria de veículo para o fortalecimento da governança corporativa³³.

Nas relações com consumidores a utilização da mediação B2P (*business to person*) pode ser usada para evitar o comprometimento da imagem da empresa no caso de diversos produtos defeituosos postos à disposição dos consumidores nos supermercados. Da mesma forma, caso o conflito seja entre duas pessoas jurídicas (entre duas empresas ou entre uma empresa e seu fornecedor), poderemos usar a mediação B2B (*business to business*). Como o dano poderá afetar uma grande quantidade de pessoas e/ou empresas a mediação talvez pode ser uma via a ser definida para resolução do conflito³⁴.

Cabe ressaltar que algo que tem sido decisivo para as empresas que realizam e-commerce é a utilização de ODR (Online Dispute Resolution) para a resolução dos conflitos, a qual se desenvolve em plataforma online. Segundo Joseph Goldman as vantagens da mediação on-line são a flexibilidade, incentivo para soluções criativas, rápidas decisões e, desde seu artigo de 2003, já previa que essa forma de mediação se tornaria um mecanismo altamente eficiente, conforme a tecnologia avançasse³⁵.

Em conflitos societários a aplicação da mediação pode ser em situações em que se queira

31 ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p.10.

32 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Forense 2018, p. 52.

33 EJSBOUTS, A. Jan. A. J. Mediation as a Management Tool in Corporate Governance. *In*: ADR in Business INGEN-HOUSZ, Arnold (Editor). **The Netherlands: 2011, Wolters Kluwer**. Apenas para maiores esclarecimentos, a governança corporativa, segundo o IBGC, é “Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governancacorporativa#:~:text=Governan%C3%A7a%20corporativa%20%C3%A9%20o%20sistema,controle%20e%20demais%20partes%20interessadas>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

34 ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 11.

35 GOODMAN, Joseph W. **The pros and cons of online dispute resolution: an assessment of cybermediation websites**. Duke Law & Technology Review, 2003. Trecho do seu artigo revelando como seria o futuro após 2003: “In the future, as online video conferencing becomes increasingly available, it will become easier for disputants to undertake face-to-face negotiations. This will address the major claimed disadvantage of cybermediation: that it is impersonal”.

alterar contrato social ou estatuto, elaborar documentos societários e na criação de nova empresa. Há casos em que por meio da mediação se repensará a relação até então existente entre os sócios culminando na elaboração de um novo contrato social³⁶.

Os resultados da pesquisa “Retratos de Família”³⁷ realizada pela KPMG em sua 3ª edição, 2018/2019, mostra uma maior participação de empresas familiares no setor de agronegócio e uma menor em tecnologia e software (figura 1).

Além disso, revela a porcentagem de forma jurídica e de controle acionário (figura 2). Tais informações e as demais no decorrer do artigo mostrarão o porquê é importante o incentivo da mediação para sociedades familiares, já que a adoção desse meio de resolução consensual de controvérsia poderá evitar, por exemplo, que o controle acionário da sociedade desnecessariamente se altere ou que a sociedade se dissolva, o que poderia impactar a economia. Vejamos:

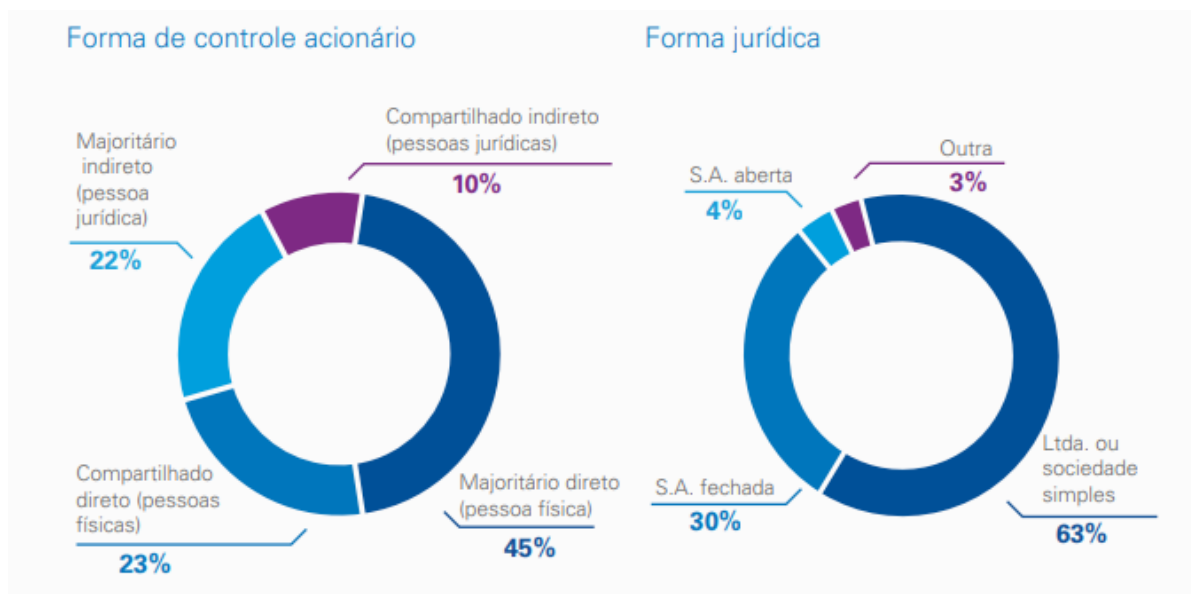
Figura 1 – Setores com sociedades familiares participando da pesquisa



Fonte: KPMG, Retratos de Família (2018 2019)

36 MARTINS, Paola Pereira. **Considerações sobre mediação no contexto empresarial**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/281701/consideracoes-sobre-a-mediacao-no-contexto-empresarial>>. Acesso: 24 jul. 2020.

37 ANDRADE, Luana Silveira. **Empresas familiares: mediação e governança como mecanismos adequados à resolução e à gestão de conflitos**. Dissertação em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza, Fortaleza – 2017, p. 39.

Figura 2 – Forma de controle acionário e Forma jurídica

Fonte: KPMG, Retratos de Família (2018/2019)

Alguns dados relevantes que podem ser verificados na pesquisa são: “a) 18% delas têm até 20 anos de existência, 40% estão entre 21 e 40 anos, 28% entre 41 a 70 anos e 14% têm mais de 70 anos. Essa informação reflete a juventude do próprio País e mesmo das gerações à frente da empresa familiar: 1ª geração (31%), 2ª geração (43%) e 3ª geração (19%)”, b) 19% das sociedades têm um faturamento anual superior a R\$1 bilhão e 35% têm um faturamento entre R\$ 100 milhões a R\$ 499 milhões, c) Na 1ª geração, 31 % dos membros da família atuam na sociedade, na quarta cai para 5% e na quinta cai para 1%, d) Lucratividade nos últimos seis meses (a contar da publicação do relatório, e) 74% das empresas incluíram no plano estratégico investimentos e dentre os investimentos 37% seriam em inovação no negócio atual³⁸.

No próximo relatório da KPMG, provavelmente, veremos uma redução nos números da lucratividade nos setores de comércio e serviços, em razão da paralisação das atividades empresariais para evitar o contágio por covid-19 no primeiro semestre de 2020. No entanto, a mediação (principalmente a on-line), somada a outros fatores (como redução da incerteza política e econômica, da tributação, dos custos trabalhistas que não objeto do presente artigo) podem contribuir para resolução da disputa de forma mais célere com maior controle de custos e para a preservação dos relacionamentos (que acabam sendo o grande desafio de uma sociedade familiar)³⁹.

Além da questão da sucessão de uma geração para outra, verifica-se o problema de “desigualdade de tratamento entre gêneros”, basicamente pela predileção dos pais (sócios fundadores) por filhos homens, em detrimento das filhas mulheres, ainda que possuam mais qualificações e a definição de “parcerias multifamiliares” (integrantes de duas ou mais famílias gerindo a sociedade)⁴⁰.

38 Retratos de Família. Um panorama das práticas de governança e perspectivas das empresas familiares brasileiras. Pesquisa 2018/2019. Disponível em: <<https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2018/11/retratos-de-familia-3a-edicao.html>>. Acesso: 24 jul. 2020.

39 ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário**. Sessão II. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 11.

40 ANDRADE, Luana Silveira. **Empresas familiares: mediação e governança como mecanismos adequados à resolução e à gestão de conflitos**. Dissertação em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza, Fortaleza – 2017, p. 45

A autora, ao citar Braga Neto⁴¹, destaca que boa parte dos conflitos de sociedades familiares é basicamente provocado por conflitos entre os membros da família e não de concorrência no mercado⁴².

A partir dessa constatação verifica-se que muitas dessas sociedades poderiam optar pela mediação on-line com a finalidade de:

estabelecer quem vai trabalhar ou não na empresa; definir a responsabilidade de cada um – inclusive na resolução dos problemas, esclarecer o nível de autonomia dos membros; saber como será a utilização dos bens da empresa; definir a reumuneração em caso de doença ou pensão em caso de falencimento; estabelecer um processo de sucessão e outros quaisquer passos que os membros julgarem necessários constar em seu acordo familiar⁴³.

No cenário recuperacional (judicial e extrajudicial) a mediação poderá ser usada, em razão de existirem “interesses de diferentes atores” e para a “busca de soluções economicamente viáveis”.

Já no falimentar, a mediação serviria de canal para ‘negociação de acordos de “não pagamento” para evitar falência; viabilizar recuperação de ativos; ajudar na elaboração do Plano; facilitar a negociação com as Fazendas, considerando o passivo fiscal existente”.

A mediação, assim, visaria otimizar o valor econômico, em prol do erguimento do empresário e da sociedade simples, indo ao encontro da governança corporativa⁴⁴.

Apesar de parecer inaplicável a mediação na recuperação judicial/extrajudicial e na falência, ela já foi utilizada no caso Lehman Brothers “como sucesso enorme para investidores prejudicados e também de recuperação de ativos” e em processos relevantes no setor de óleo e gás e da Telecom⁴⁵ e, provavelmente, em muitos outros casos que não são noticiados em razão do princípio da confidencialidade.

Será que a mediação on line poderá ser um dia utilizada no contexto de processos de recuperação judicial e falência? Para isso ser possível, antes, precisaremos dotar a mediação, segundo Paulo Penalva e Luis Felipe Salomão, “de algumas peculiaridades, já que a participação do Juízo e do Ministério Público implica uma atuação diferente em conflitos de interesses meramente privados”⁴⁶.

Os principais temas objeto de mediação, segundo levantamento da AASP, são Societário, contratos empresariais e de prestação de bens e serviços, telecomunicação, construção, energia, infraestrutura e comércio em geral e a média de conclusão da mediação não passa de 5 (cinco) meses⁴⁷.

Assim, podemos concluir que a utilização da mediação empresarial contribuirá para minimizar mal-entendidos, melhorar a satisfação dos consumidores, evitar a publicidade do objeto da mediação (evitando impacto econômico-financeiro) e a criação de precedente judicial⁴⁸.

41 BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. **Revista do Advogado: Mediação e Conciliação**, São Paulo, v. 23, p. 143, ago. 2014.

42 Ibidem. p. 45

43 **Empresas familiares: resolvendo conflitos com soluções eficientes.** Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/como-resolver-conflitos-em-empresas-familiares,48e7b08847c9a510VgnVCM1000004c00210aR-CRD>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

44 SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência. Teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 436-437.

45 Ibidem., p. 436-437.

46 Ibidem., p. 436-437.

47 **Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos?** Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/em-pauta/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos/>>. Acesso em: 23 jul. 2020

48 ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário.** Sessão II. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 11.

5. Vantagens da adoção da mediação à luz da análise econômica do direito⁴⁹

A análise econômica do direito, interdisciplinariedade entre Direito e Economia, é relevante para a realização de um gerenciamento adequado de conflito, considerando que por meio dela se procede a avaliações mais verticais das prováveis consequências⁵⁰ de uma decisão judicial tanto na seara jurídica, quanto na social, política, econômica e institucional.

E a mediação, pela sua própria essência, é um método multidisciplinar⁵¹, que exige dos mediadores conhecimentos sobre diferentes áreas do conhecimento, de sorte que potencializa os resultados na análise econômica do direito.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, o objetivo econômico do direito processual, é minimizar a soma dos custos administrativos e os custos de erros⁵².

Fato é que os custos administrativos seriam os custos em se utilizar “as regras jurídicas como instrumento para aplicação do direito substantivo”, ao passo que os erros poderiam ocorrer ao se tentar aplicar o direito substantivo. Percebe-se que a soma desses dois custos dão lugar aos custos sociais⁵³.

Registre-se que os custos estão intimamente ligados ao acesso à justiça⁵⁴, pois eles não podem inibir ou dificultar o acesso de quem quer que seja, conforme assevera Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Destaque-se que é relevante considerar os custos de apresentar uma reivindicação judicial, a troca de informações com a outra parte, a barganha em busca de um acordo, o litígio e os recursos durante uma disputa jurídica com o objetivo de melhor entender a formação dos custos administrativos. Apesar desses custos serem possíveis de serem compreendidos e mensurados, para que fosse possível aferir o erro seria preciso que houvesse um padrão de perfeição.

Um ponto destacado por *Cooter e Ulen* é que “os tribunais possuem informações imperfeitas, o que faz com que cometam erros ao aplicar o direito substantivo”⁵⁵.

Aliás, “o compartilhamento voluntário das informações normalmente reduz ambos os componentes dos custos sociais”, sendo que ao corrigir os custos de erros de cálculo se evita que as condições do acordo extrajudicial sejam diferentes da eventual sentença, reduzindo, assim, as taxas de congestionamento de processos no Poder Judiciário⁵⁶.

Ao se deparar com um conflito, o empresário ou a sociedade simples têm que analisar qual será o melhor mecanismo para a solucioná-lo levando em consideração fatores como: a) o tempo que será despedido; b) os custos inerentes ao mecanismo; c) a previsibilidade de uma decisão favorável ou não e c) os possíveis impactos, tal como a publicidade de todos os atos, na hipótese do processo

49 “A ciência econômica, antes associada apenas àquela parte da atividade humana que chamamos normalmente de economia, hoje investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito. É essa interação entre direito e economia que se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito”. GICO JÚNIOR, Ivo; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13-14.

50 VARGAS, Daniel Vianna. “A mediação como instrumento de eficiência na Administração Pública, sob o prisma da análise econômica do direito”. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina, RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. v. 2., Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020, p.37.

51 LORENCINI, Marco Garcia Lopes. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 77.

52 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 405

53 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 405

54 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

55 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 406

56 Ibidem., p. 431.

tramitar no Poder Judiciário.

Partindo dessa análise econômica do direito, verifica-se que a mediação razoável para a empresa é “igual à sentença esperada em um julgamento quanto (1) o autor da ação e o réu têm as mesmas expectativas com relação ao julgamento e (2) o autor da ação e o réu têm os mesmos custos transacionais para resolver a disputa.”⁵⁷

Mais do que as vantagens de índole econômica, a mediação também possui como benefício o “restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, com a preservação da relação anteriormente existente”⁵⁸.

Não obstante, é imperioso salientar que a mediação não será a via mais adequada quando o conflito depender da produção de uma determinada prova, pois nesse método de solução de conflitos o mediador carece de poderes instrutórios⁵⁹.

Por fim, havendo uma atuação ética de todos os envolvidos, utilizando métodos adequados para obter a maior produtividade possível⁶⁰, tal como é a mediação, haverá um verdadeiro acesso à justiça qualificado, a partir da ótica da análise econômica do direito.

5. Conclusão

O presente artigo se propôs a fazer o leitor refletir sobre o grande potencial da mediação no cenário empresarial tanto na situação atual de paralisação das atividades empresárias e simples, em razão do covid-19, como no período pós-covid-19.

Nesse sentido, a mediação não só já é uma realidade jurídica, desde o advento da resolução nº125/2010, como a sua legitimidade só aumentou com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e, posteriormente, da Lei de Mediação.

Esse percepção se verifica, a partir do momento que a mediação on-line e os demais *Online Dispute Resolution* (ODR) passam a se tornar mais frequentes, reiventando e adaptando o desenvolvimento da mediação presencial para a realidade virtual, sempre assegurando que os princípios básicos da mediação sejam respeitados.

Nessa ótica, verificamos que a tecnologia passa a ganhar força no meio da mediação, já que para que a pacificação social possa ocorrer, é mister que as plataformas desenvolvidas sejam mantidas sempre atualizadas com o que **há de mais moderno (pouco importando se será disruptivo ou incremental)**.

Com essa base, verifica-se que a mediação on-line ou presencial se mostra adequada para solucionar litígios de índole empresarial por focar mais no conflito do que na sua resolução e atribuir às partes envolvidas o devido protagonismo e, ao mediador, a função de facilitador do diálogo, contribuindo para distingui-los claramente⁶¹.

57 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 431

58 PINHO, Humberto Dalla Bernadina. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 658.

59 NIEVA-FERNOL, Jordi. **Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial?** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

60 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71.

61 PARAGUÁ, Ana Claudia P. Cão; FREITAS, Flávia Corrêa Azeredo. “Advocacia Pública Federal e a prática da mediação privada: reflexões à luz da orientação normativa n. 57/2019 do advogado-geral da união”. In: PINHO, Humberto Dalla Bernadina, RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e arbitragem na administração pública**. v. 2. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020, p. 17.

Com tantas opções de plataforma on-line para a resolução de conflitos é preciso que o mediador acompanhe o avanço tecnológico para que a experiência da mediação pelas partes possa se tornar tão natural quanto é quando se está sentado diante da outra parte em uma sessão presencial.

Posteriormente, foram analisadas diferentes situações práticas em que a mediação on-line pode ser implementada no cenário empresarial desde conflitos internos societários, passando por disputas externas, conflitos com consumidores e fornecedores e chegando na realidade das sociedades familiares e das sociedades em recuperação judicial e em falência.

O artigo, visando ilustrar melhor o contexto das sociedades familiares, apresentou estatísticas e dados extraídos da pesquisa “Retratos de Família” realizada pela KPMG, referentes ao período de 2018/2019, como forma de evidenciar a importância de que os advogados e mediadores possam, sempre que possível, orientar seus clientes a respeito a existência e da funcionalidade da mediação.

Isso não só contribui para que a sociedade possa ter uma existência saudável por mais tempo, como também reflete no PIB do país, na medida em que essas sociedades em muito contribuem para a redução das taxas de desemprego e crescimento econômico do país.

De fato, o que se pretende por meio desse artigo é que o instituto da mediação possa ser lido não de forma jurídica, mas à luz da análise econômica, para que observemos que os ganhos da tentativa do acordo pela via da mediação extrajudicial (antes de se optar pelo Poder Judiciário) ultrapassam a própria estrutura da empresa.

Por fim, é imperioso que o acesso à justiça não se confunda como acesso “exclusivo ou primário ao Judiciário” e que a mediação (on-line ou presencial), enquanto meio desjudicializado de solução de conflito observe⁶²:

- a) o mesmo grau de concretização das garantias fundamentais do processo, observadas obviamente, as peculiaridades do meio e a maior incidência da livre manifestação de vontade e
- b) a possibilidade de judicialização das matérias a qualquer tempo, por todo aquele que se sentir lesado ou mesmo ameaçado de sofrer uma lesão, sem embaraços ou restrições⁶³.

Destarte, a mediação on-line se revela adequada para os conflitos no cenário empresarial, considerando todas as vantagens sob a ótica da análise econômica do direito.

6. Referências

ANDRADE, Juliana LOSS; FREIRAS, Mariana; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Mediação e Arbitragem no Direito Societário**. Sessão II. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2020.

ANDRADE, Luana Silveira. **Empresas familiares: mediação e governança como mecanismos adequados à resolução e à gestão de conflitos**. Dissertação em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza, Fortaleza – 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. *Revista do Advogado: Mediação e Conciliação*, São Paulo, v. 23, p. 143, ago. 2014.

62 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. *RJLB*, Ano 5, n. 3. Rio de Janeiro, 2019, p. 818.

63 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. *RJLB*, Ano 5, n. 3. Rio de Janeiro, 2019, p. 818.

CABRAL, James E. et al. "USING TECHNOLOGY TO ENHANCE ACCESS TO JUSTICE". **Harvard Journal of Law & Technology**. V. 26, n. 1, Fall 2012. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v26/26HarvJLTech241.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CLAYTON M, Christensen: **The Innovator's Dilemma**, 1997.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010.

EJSBOUTS. A. Jan. A. J. "Mediation as a Management Tool in Corporate Governance". *In*: ADR in Business INGEN-HOUSZ, Arnold (Editor). **The Netherlands: 2011, Wolters Kluwer**.

GICO JÚNIOR, Ivo; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOODMAN, Joseph W. **The pros and cons of online dispute resolution: an assessment of cybermediation websites**. Duke Law & Technology Review, 2003.

LESSA NETO, João Luiz. "O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?" **Revista de Processo**, v. 255, ano 40.

LORENCINI, Marco Garcia Lopes. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAIA, Andrea. GONÇALVES, Ana Maria Maia. SOUZA, Mariana Freita. **Mediação Online - Uma Abordagem Hands On**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NujQ5WZ_3FY>. Acesso em: 19 jul. 2020.

NETO, Adolfo Braga. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves [Coord.]. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOBRE, Marcelo *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira. SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira, São Paulo: Atlas, 2015**.

NIEVA-FERNOL, Jordi. **Mediação: uma "alternativa" razoável ao processo judicial?** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

PARAGUÁ, Ana Claudia P. Cão; FREITAS, Flávia Corrêa Azeredo. "Advocacia Pública Federal e a prática da mediação privada: reflexões à luz da orientação normativa n. 57/2019 do advogado-geral da união". *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina, RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e**

arbitragem na administração pública. v. 2, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020.

_____. **O marco legal da mediação no Brasil.** p. 4. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____; STANCATI, Maria M. S Martins. “A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º Código de Processo Civil de 2015”. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais online, São Paulo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

_____. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19.** Disponível em: < <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documentos/5736540/7186707/AMEDIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOFORCADAPANDEMIADCOVID19>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. **A releitura do princípio** do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. **RJLB**, Ano 5, n. 3, Rio de Janeiro, 2019, p. 818.

Retratos de Família. **Um panorama das práticas de governança e perspectivas das empresas familiares brasileiras.** Pesquisa 2018/2019. Disponível em: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2018/11/retratos-de-familia-3a-edicao.html>. Acesso: 24 jul. 2020.

RODRIGUES, Alexsandra Gato Rodrigues et al. **MEDIAÇÃO DIGITAL: A SOCIEDADE MODERNA A UM CLIQUE DA JUSTIÇA** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/2-5.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência. Teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Forense 2018.**

VARGAS, Daniel Vianna. “A mediação como instrumento de eficiência na Administração Pública, sob o prisma da análise econômica do direito”. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e arbitragem na administração pública.** v. 2, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020.

WATANABE, Kazuo. **Acesso À Ordem Jurídica Justa.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.



A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: UM RELATO EM TEMPOS DE COVID-19

**Mauro Augusto Ponce de Leão Braga
Taís Batista Fernandes Braga
Denison Melo de Aguiar**

1. Notas Introdutórias

O presente estudo tem por finalidade destacar a importância da mediação, enquanto mecanismo alternativo de solução de conflitos, no processo do trabalho. O objetivo deste artigo é contextualizar o uso da mediação, no período da pandemia que assola o mundo.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa quantitativa com levantamento bibliográfico e teórico sobre a temática. Por fim, considerando as constantes modificações legislativas empreendidas no direito material do trabalho, antes mesmo da COVID-19, a litigiosidade na seara trabalhista aumentou e, assim, para que as contendas sejam resolvidas em um período de tempo menor, defende-se o uso da mediação, para pôr fim ao litígio e – quem sabe – aproximar as partes, com a manutenção da relação de emprego.

Neste contexto, se entende que a mediação pode ser um caminho a ser utilizado no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Neste se tem em vista que seus princípios básicos da celeridade, da efetividade, da voluntariedade e da garantia de acesso ao Poder Judiciário, coadunam-se com os princípios que regem o processo laboral. Onde se apresenta mais fortalecido em face da aplicação

supletiva e subsidiária descritas no art. 15 do novo CPC (2015), sem que isso represente a renúncia a direitos indisponíveis por parte do trabalhador.

Em um primeiro momento faz-se necessária uma abordagem sobre o acesso à Justiça e os Meios Adequados para a Solução de Conflitos. No judiciário brasileiro estas formas de resolução de conflitos ganham maior força e mais defensores entre os estudiosos do direito, haja vista as incontáveis formas de conflitos, que regem as relações sociais na atualidade, bem como a incapacidade do Estado em gerir e administrar esses conflitos. Em última análise, julgar as demandas postas ao seu conhecimento, com a celeridade e a efetividade que almeja a sociedade.

No segundo momento, a uma leitura e interpretação sobre a legislação específica que envolve a temática: Lei 13.140/2015¹, que dispõe sobre a mediação.

Adentrar-se-á na aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, em especial, a possibilidade de aplicação do mecanismo da Mediação pela Justiça Laboral, em especial com o advento da Resolução 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Por fim, conferir-se-á destaque a um caso concreto, levado à Justiça Laboral, nesse período de pandemia, devidamente solucionado com o emprego da mediação.

2. O Acesso à Justiça e os Meios Adequados para a Solução de Conflitos

Cappelletti e Garth² traçou percuciente análise acerca dos anseios da sociedade, no que tange à resolução de conflitos; para tanto delineou, em obra intitulada Acesso à Justiça, as três ondas renovatórias.

De acordo com a primeira onda, a solução para o acesso à justiça consiste na assistência judiciária³ para os pobres; a qual apresentaria possibilidades e limitações nas seguintes ordens: aumento do número de advogados, a fim de que esse contingente seja superior à oferta, especialmente em países em desenvolvimento; alcançada essa disponibilidade de advogados, é imprescindível que sejam disponibilizados para o auxílio daqueles que não têm condições de custear os seus serviços; por fim, a assistência judiciária – ainda que esteja perfeitamente instrumentalizada – não consegue resolver o problema das pequenas causas. Esse último ponto dá azo à formação da próxima onda.

Da segunda onda, extrai-se a representação dos interesses difusos Cappelletti e Garth⁴, cuja proposta consistiu em propor uma reflexão acerca dos modelos adotados no processo civil, cuja tradicional concepção não evidenciava um cuidado com a resolução de conflitos em massa.

E, finalmente, a terceira onda retrata a premissa do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Esse novo enfoque de acesso à justiça visa o progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica, bem como na formulação de novos mecanismos para a representação de interesses. Nesse particular, destaque-se a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos⁵, tais como a arbitragem e a mediação.

1 BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

2 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 46-47.

3 Ibidem., p. 46-47.

4 Ibidem., p. 49-66.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 71.

Para que se possa falar em acesso à justiça⁶, faz-se necessário, primeiramente, estabelecer que tal necessidade se deve ao cada vez maior número e formas de conflitos, que regem as relações sociais na atualidade, bem como a incapacidade do Estado em gerir e administrar esses conflitos, bem como, em última análise, julgar as demandas⁷ postas ao seu conhecimento, com a celeridade e a efetividade⁸, que almeja a sociedade⁹. Resta, ainda, evidente que um conflito significa sempre um enorme desafio a quem nele se encontra envolvido.

Quando se está disposto a ingressar em um conflito- e nesse sentido destaque-se posição doutrinária¹⁰ defendendo a reestruturação do Judiciário - é imperioso ter-se em mente uma profunda compreensão dos limites e dos acontecimentos que advirão, estar-se preparado para dar um passo após o outro, sempre objetivando alcançar-se êxito na disputa que se está a instalar¹¹ (BARROS, 2014, p. 7-8). É necessário, por fim, desenvolver-se a capacidade de lidar com situações que envolvem o ser humano de todas as formas, por completo, pois, assim como os seus sentimentos, suas vontades, seus pensamentos.

O ser que conflita é livre para pensar, sentir e compreender o significado de suas ações, sendo a liberdade, conforme adverte Nogueira¹² a fruição do ser livre, até onde o direito possa assegurar.

Braga¹³ mencionou que a existência de um direito regulador da cooperação entre pessoas não é, nem poderia ser, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos em que estivessem elas envolvidas. Disse, também, o autor, em síntese, que esses conflitos se caracterizam por situações em que uma pessoa, ao pretender determinado bem, não tem condições de obtê-lo, seja porque aquele que deveria satisfazer sua pretensão não a satisfaz, ou porque o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão. Quer em uma situação, quer em outra, certo é a caracterização de que uma das partes envolvidas no conflito restará insatisfeita.

Assim, um ou ambos os sujeitos podem concorrer, ou mesmo por obra de um terceiro, nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁴, para a eliminação dos conflitos. Lá, um dos sujeitos, ou cada um deles, consente no sacrifício total o parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impede o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Aqui, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo.

Nas eras primitivas da civilização, quando o Estado não existia suficientemente forte para resolver os conflitos entre os seres humanos, quem pretendesse algo que outro o impedisse de adquirir, haveria de, com suas próprias forças, tentar conseguir, por si só, a satisfação de sua pretensão, ao que se chamava de autotutela, ou autodefesa, o que não garantia, no mais das vezes, a justiça, mas, tão-somente, a vontade do mais forte.

Outra forma de solução dos conflitos, nos mesmos sistemas primitivos, seria a autocomposição, resumindo-se, esta, na questão de que uma das partes abre mão do interesse em conflito, ou de parte dele, o que depende sempre da vontade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

6 SADEK, Maria Tereza. "Acesso à Justiça: Visão da Sociedade". **Revista Justitia**. São Paulo, v.65, n. 198, jan./jun 2008.

7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

8 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 2001.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 134.

10 GESTA LEAL, Rogério. **Impactos Econômicos das Decisões Judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010, p. 38.

11 BARROS, Flaviane M. "O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil". In: Geraldo Prado; Diogo Malan. (Org.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. 1. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p. 7-8.

12 NOGUEIRA, Alberto. **Direito Constitucional das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 164.

13 BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. A 3ª Onda de Mauro Cappelletti: os equivalentes jurisdicionais como alternativa à jurisdição. In **Revista da Faculdade do Sul de Minas**. ano XXIII; nº 24; jan/jun. 2007, p. 177.

14 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 20.

A autocomposição além de não constituir qualquer ultraje ao monopólio estatal da jurisdição¹⁵, vem sendo reconhecida como legítimo meio alternativo de solução de conflitos, estimulado por todos os estudiosos do direito, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais Superiores, mediante atividades consistentes na conciliação, na arbitragem e na mediação.

2.1. A MEDIAÇÃO

A questão da necessidade de se reduzir o número de processos em tramitação nos tribunais de todo o País, bem como a busca de soluções processuais que minimizem o ajuizamento de novas demandas ou reduzam o tempo por elas percorrido, até a entrega do direito material ao jurisdicionado, até aqui, não surtiu o efeito desejado.

Com isso, cada vez mais, os Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos têm ganhado mais força e mais defensores no âmbito dos estudiosos do Direito, bem como recebido mais e mais a aceitação por parte da sociedade.

Em razão dessa necessidade cada vez mais urgente, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, editou a Resolução n° 125¹⁶, considerado, dentre outros fatores, a necessidade de garantir amplo direito ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, bem como a necessidade de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, dentre eles a conciliação e a mediação, considerados como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Tal resolução, portanto, foi elaborada de acordo com diversas premissas, em especial o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, visando uma melhoria e uma maior adequação dos órgãos judiciários, o que implicará no acesso à ordem jurídica justa¹⁸, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, tais como a mediação e a conciliação, com vistas a solucionar os inúmeros problemas jurídicos e os intermináveis conflitos que surgem diuturnamente no seio da sociedade, prestando serviços de melhor qualidade, que visem solucionar os processos já em curso, e tentando minimizar o ajuizamento de novas demandas.

É fato que a conciliação e a mediação tornaram-se instrumentos imprescindíveis na incessante busca pela pacificação social, bem como na prevenção e solução de litígios, havendo inúmeros programas já implementados no âmbito do Poder Judiciário que tem reduzido drasticamente a judicialização, além da demora na prestação jurisdicional, por forma do excessivo número de recursos, o que deve ser estimulado. Essa também é uma das premissas utilizadas pelo CNJ para a elaboração

15 SPENGLER. Fabiana Marion. "O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 8, n. 8, 2011.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

17 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

da Resolução 125¹⁹.

Para que isso se torne possível é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais, além de criar novas alternativas, incentivando os magistrados a procurarem novos métodos consensuais para a solução de conflitos, incentivar políticas públicas, realizar cursos de capacitação, dentre tantas outras formas que viabilizem o verdadeiro acesso à justiça

Com a edição da lei de mediação²⁰ se destaca que os artigos 1º, 2º e 3º, sobre os quais recairão as considerações no presente ensaio, antes de adentrar-se ao Capítulo sobre a Mediação e suas peculiaridades.

Uma leitura dos citados artigos impõe a compreensão de que essa atividade denominada Mediação, que deverá ser exercida por um terceiro imparcial e sem poder decisório, tem por finalidade desenvolver soluções consensuais às controvérsias, tem por princípios básicos a imparcialidade e a confiabilidade do mediador, a igualdade de tratamento e a autonomia da vontade das partes, a oralidade, a boa fé e a informalidade, sobre os quais serão tratadas as questões levadas à Mediação e submetidas à homologação do juiz.

É a busca pelo consenso de direitos que possam ser transacionados; é a busca pela pacificação social. É, em última análise, mais uma tentativa de se abreviar o tempo dos conflitos, de se reduzir o cada vez mais crescente número de ações judiciais em curso e em vias de distribuição.

Tempo de conciliar, tempo de buscar o consenso, tempo diferente este da jurisdição²¹, que nem mesmo a Emenda Constitucional 45²², que trouxe o princípio constitucional da duração razoável do processo, conseguiu solucionar.

Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos e jurisdição devem complementar-se, devem caminhar juntos, sem se anularem, mas encontrando em seus princípios e em suas normas, mecanismos que viabilizem a solução pacífica, célere e eficaz dos conflitos²³.

3. Mediação e suas Peculiaridades

Antes de adentrar-se ao conceito de mediação e suas peculiaridades, faz-se necessária uma breve análise sobre o instituto da transação, como forma de negócio jurídico de direito material²⁴, este o objeto a ser discutido entre os sujeitos da relação jurídica, os quais, com fundamento na autonomia da vontade, poderão fazer concessões recíprocas, a fim de evitar a litigiosidade ou por fim a uma ação já em andamento.

19 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

20 BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

21 SPENGLER. Fabiana Marion. "O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 8, n. 8, 2011, p. 313.

22 BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

23 SPENGLER. Fabiana Marion. "O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação". **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 8, n. 8, 2011, p. 313.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1060.

Como visto no capítulo antecedente, verifica-se, nos tempos atuais, uma incessante busca por soluções que possam reduzir o imenso volume de processos²⁵ que assola a todos os tribunais do País, de todas as esferas judiciais, que por diversas razões se perpetuam por tempo muito superior ao razoável, impedindo o objetivo primordial do processo, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a realização do direito.

Nessa busca, os mecanismos alternativos de solução de conflitos ganham cada dia mais e mais importância na busca pela Paz Social e na tentativa diuturna de reduzir a judicialização de demandas, muitas delas que poderiam ser resolvidas sem a interferência do Estado, ou mesmo sob sua coordenação, mas sem a necessidade de um processo judicial longo e muitas vezes ineficaz.

Dentre tais mecanismos, a mediação²⁶ e a arbitragem surgem com muita força no ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 2 do CPC (2015), sendo defendidas por diversos doutrinadores e juristas das diversas áreas do direito, inclusive do direito laboral. No caso do presente estudo é necessário fixar-se que as considerações e reflexões recairão sobre o instituto da mediação, tendo em vista que seus conceitos, mecanismos e técnicas a aproximam de forma mais íntima do Direito Processual do Trabalho e do princípio da Conciliação a ele inerente.

Pode-se conceituar a mediação²⁷ como um processo confidencial, extrajudicial ou instalado no curso de uma ação judicial, de forma voluntária pelos litigantes, informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, em que um terceiro, imparcial, livremente escolhido pelas partes, pertencente ou não aos quadros do Poder Judiciário, tentará facilitar a conciliação entre elas, de matérias que permitam a autocomposição, visando um acordo que encerre ou impeça o ajuizamento de uma demanda judicial e promova a Paz Social.

3.1. TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO

A Mediação pode ser, portanto, compreendida com a arte da facilitação de acordos e, assim como qualquer outra arte, para que possa se concretizar, é necessário que o autor da obra, no caso o mediador faça uso de técnicas que o auxiliem em alcançar seu objetivo, qual seja, lavrar um acordo em que as partes encerrem o conflito, da forma mais benéfica para ambas e que ponha termo ao conflito, quer extra, quer judicial.

Em sendo assim há que se destacar qual a postura que deve adotar o mediador durante todo o processo de mediação que se iniciará com o consentimento dos litigantes. Dessa forma, citando Riskin²⁸ se questiona: “O mediador tende a definir os problemas de forma restrita ou ampla?” e “O mediador favorece uma abordagem avaliativa ou facilitadora?”

Caminhar por essas diretrizes é fazer com que o mediador tenha maiores chances de alcançar o acordo e encerrar o litígio, cabendo a ele o escolher a melhor forma de transitar pelos caminhos que

25 NIEVA-FENNOL, Jordi. “Mediação: Uma alternativa razoável ao processo judicial?” **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 14, n. 1, 2014, p. 213-214.

26 PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 11, n. 11, 2013, p. 184-186.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações”. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 48, n. 190, abr./jun. 2011

28 RISKIN, Leonard. **Mediation: The Art of facilitating Settlemente** - An interactiva training program, ministrado por professores e mediadores da Stratus Institute for Dispute Resolution - Pepperdine University - School of Law. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, 2015.

as próprias partes indicarão. Pode o mediador ter uma postura avaliativa, isto é tentar a conciliação aconselhando as partes ou propondo soluções, quer apenas com base no que diz a lei - avaliativa restritiva - quer avaliando os sentimentos e valores dos envolvidos no litígio - avaliativa ampla.

De outro modo, poderá o mediador adotar uma postura facilitadora, isto é, conduzindo as negociações de modo a que os próprios envolvidos descubram como resolver seus próprios problemas. Neste caso a postura facilitadora, quer restritiva quer ampla, tem como fundamento educar, pedir permissão e esperar que as soluções venham dos próprios envolvidos no litígio.

Qual método deve utilizar o mediador? Isto vai depender das circunstâncias, bem como da própria personalidade do mediador. Deve ele, segundo Riskin²⁹, percorrer todo o trajeto, ver todas as possibilidades e escolher o melhor momento para utilizar essa ou aquela postura.

É essa abordagem do Mediador que se implementada de forma correta, trará grandes possibilidades de êxito na negociação. Feita esta primeira abordagem sobre a postura do mediador, passa-se a um segundo momento, também enfatizado no curso sobre mediação antes mencionado, como sendo o Processo de Mediação, devendo-se ter em mente que a forma como o mediador aborda a mediação depende de sua formação e treinamento, mas, também, da natureza do conflito, do cenário e da experiência e dos recursos das partes.

Pode-se, portanto, dividir o processo de mediação em cinco etapas distintas: a pré-mediação, que consiste no processo de reunir as partes e determinar como a mediação se dará. As partes concordam com a negociação, são postas à mesa e elas, juntamente com o mediador, devem determinar os termos da mediação.

Convocar a mediação é, sem dúvidas, a parte mais difícil da resolução de uma contenda, posto que a principal dificuldade, não há dúvidas, é fazer com que as partes concordem em participar do processo de mediação. Isso se torna ainda mais difícil quando a disputa já for objeto de uma ação judicial em curso, tendo em vista esbarrar-se nas diferentes expectativas de cada uma delas.

No caso do processo do trabalho tem-se, de um lado, o ex-empregado com a expectativa de que sua hipossuficiência seja suficiente para ver reconhecido o direito que alega lhe tenha sido lesado. De outro lado o empregador, polo forte da relação jurídica, com o poder econômico do seu lado, valendo-se dos inúmeros recursos que a lei processual lhe assegura, com vistas a retardar o quanto possível o termo final da demanda.

Em meio a essas diferentes expectativas encontra-se o mediador, que tem por objetivo, nessa fase de pré-mediação, criar uma disposição para que as partes aceitem participar do processo.

O segundo momento do processo de mediação é a abertura: nele o mediador explica o processo, estabelece as regras básicas para a mediação, assim, também, como auxilia as partes a definirem as questões a serem tratadas e estabelecerem a pauta.

O modo como o mediador dá início à sessão é extremamente importante, tendo em vista que ele determina, com frequência, a primeira impressão das partes sobre a competência, a imparcialidade, o estilo do mediador, sendo fundamental que este considere com cuidado o ambiente que deseja criar para, então, planejar uma estratégia e definir o tom e a abordagem apropriados.

É imprescindível, pois, uma boa abertura por parte do mediador, onde procurará ser otimista com o desfecho do processo de negociação, fará compreender às partes ser ele um exemplo de cooperação, realizará uma instrução precisa sobre o processo, com vistas a que nenhuma dúvida

29 RISKIN, Leonard. **Mediation: The Art of facilitating Settlemente** - An interactiva training program, ministrado por professores e mediadores da Stratus Institute for Dispute Resolution - Pepperdine University - School of Law. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, 2015.

surja no decorrer das negociações, explicará, ainda, o que é confiabilidade e neutralidade, dando segurança às partes de que seus argumentos serão preservados e suas informações permanecerão sigilosas, salientará que a autonomia da vontade das partes é a grande responsável pela tomada de decisões que podem ou não vir a ser celebrado sob a forma de acordo, será deferente e tratará as partes com respeito e urbanidade, expressará empatia, procurará sempre expressar positividade e ser colaborativo e, por fim, alcançará a confiança dos litigantes.

Na abertura, por fim, definir-se-á as questões que serão tratadas, com as declarações iniciais das partes e configurando-se, doravante a pauta, priorizando-se as questões que foram identificadas pelas partes e pelo mediador como aquelas sujeitas à discussão.

Um terceiro estágio do processo de mediação consiste na comunicação, no qual as partes apresentam seus pontos de vista na disputa. Nele, o propósito é que as partes compreendam a perspectiva umas das outras e para que o mediador compreenda os problemas e interesses de ambas.

Pode o mediador incentivar os participantes a falarem utilizando-se de linguagem corporal, reformulação, paráfrase, resumo, expansão e escuta ativa, havendo inúmeras ações que podem ser utilizadas pelo mediador para facilitar a comunicação, a saber:

Técnicas de questionamento: pode ser realizada através da amplificação, onde o mediador tem o poder de fazer repetir aquilo que interessa para o acordo para que sobressaia aquilo que a outra parte quer ouvir, ou ainda, da intimidade, ter a perfeita noção até onde pode ir, o mediador, sobre a intimidade das partes.

Outra ação é a denominada técnica de escuta: nesta, há um primeiro momento que é o processamento das informações, isto é, o mediador tem que se distanciar da história e ouvir as ponderações de forma neutra e imparcial; procurar não reagir, não demonstrar sentimentos quando as respostas lhe são dadas, demonstrar não possuir preconceitos.

A validação é a técnica utilizada pelo mediador, através da qual ele demonstrará compaixão e boa vontade com cada um dos litigantes, sendo fundamental, não realizar qualquer juízo de valor, não condenar, evitando análise crítica e demonstrando, o quanto possível, empatia com as partes.

Outra técnica é a chamada sessão privada, na qual o mediador apresenta, separadamente, a cada um dos litigantes os motivos e as razões do outro, deixando sempre evidente a confidencialidade das declarações prestadas. É a partir desse momento que o mediador determinará os próximos passos, como continuará conduzindo o processo de negociação.

Fase seguinte: Negociação. Durante esse estágio, as partes exploram, com o auxílio do mediador, possíveis soluções para a disputa. O processo de negociação pode ser caracterizado pela barganha distributiva, na qual as partes discutem o valor fixo que elas identificaram entre elas, ou pela barganha integrativa, na qual as partes movem-se para o mesmo lado da mesa, colocando o problema que as divide no outro lado, isto é, buscam aumentar a possibilidade de auferir maior êxito, ou, ainda, pode ser caracterizado por ambas.

O objetivo primordial do mediador durante a fase de negociação é construir uma dinâmica e manter sempre a negociação em andamento, devendo incentivar as partes a testar umas às outras, mas, principalmente, desencorajando ofertas que sejam contraproducentes ou ofensivas, o que, certamente, encerrará o processo sem o êxito desejado.

O último momento do processo de mediação é o encerramento, no qual a ética é fundamental. Quando o mediador reconhece que um acordo pode ser possível, deve proporcionar condições para sua concretização, agindo com imparcialidade e confidencialidade, juntando as partes em uma sessão conjunta para alinhar e viabilizar a conciliação.

Deve, antes disso, ter o cuidado de enfatizar os riscos, os custos, a finalidade e a eficiência do futuro acordo, posto que, somente assim, ao assinarem o termo, as partes terão a certeza de que aquilo que foi discutido durante todo o processo, foi realizado com seu total conhecimento e com seu total consentimento.

Tal atitude trará como consequências, um acordo duradouro, eficaz e, principalmente, o respeito das partes com o mediador, que, agindo com ética, poderá realizar tantas outras mediações e obter maior êxito em razão de sua postura.

4. Mediação e Processo do Trabalho: aplicação subsidiária e supletiva do Novo CPC

O Estado trouxe para si o monopólio da jurisdição, porque aquela mesma história – mencionada – demonstrou que a sociedade não tem capacidade para gerir seus próprios conflitos; posto que quando lhe foi permitido fazê-lo, utilizou-se de expedientes desarrazoados, os quais não justificavam a proporcionalidade das resoluções tomadas.

Além disso, a jurisdição - somada à ação e ao processo – imporia aos litigantes a observância da marcha processual, a qual trazia em seu bojo garantias processuais imprescindíveis para que a vitória não fosse conferida segundo critérios do mais forte em detrimento do mais vulnerável³⁰.

E para que não houvesse esse desequilíbrio, surgiu a figura do Estado-Juiz. Embora o julgador fosse (como ainda o é) um ser igual aos litigantes, no exercício de sua função se apresenta enquanto Estado-Juiz, aquele que atua de maneira imparcial, equidistante às partes e limitado pelas garantias processuais conferidas às mesmas. Atualmente, além de um processo cercado por garantias constitucionais, almeja-se, sobretudo, que seja justo³¹. Resolução dos conflitos através de um processo justo, e que o tempo³² desse processo seja razoável. Celeridade, razoabilidade e justiça não podem ser sinônimos de decisão inconstitucional, prolatada sem observância das garantias ou se utilizando de expedientes que desnaturem a finalidade do processo no Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, com o movimento de constitucionalização do Direito, seus ramos foram fortemente influenciados por esse novo pensar, e assim evoluiu-se para um Direito Civil Constitucional que precisou renunciar sua ótica, exclusivamente, privatística para ceder espaço aos princípios – dignidade da pessoa humana, boa-fé, mínimo existencial, entre outros. Com o Direito Processual não foi diferente³³, tendo em vista que o processo precisou – de forma mais robusta - se apresentar como o garantidor dos direitos fundamentais. No sistema de *check and balances*³⁴, o Judiciário deveria agir de forma a implementar as promessas constitucionais que não haviam saído do papel.

Ainda assim, a questão do acesso à justiça continuou na pauta de reivindicações, mesmo após uma série de reformas processuais em 2001, o Código de Processo Civil de 1973 passou por um processo que Dinamarco batizou de ‘colcha de retalhos’, até que, no final de 2014, o Projeto do Novo Código de Processo Civil foi transformado em lei, com uma *vacatio legis* de 1 (um) ano.

30 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: BOOKSELLER, 2015.

31 GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O Processo Justo**. 2002. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

32 ROQUE, André Vasconcelos. “A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução.” **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 7, n. 7, 2011.

33 TUPINAMBÁ, Carolina. “Novas Tendências de Participação Processual – O Amicus Curiae no Anteprojeto do Novo CPC”. In: FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa – Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

34 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: BOOKSELLER, 2015, p. 13.

O Código de Processo Civil (2015) traz a possibilidade de sua aplicação subsidiária aos demais ramos do Direito, registre-se que se dará de forma supletiva e subsidiária. Entende-se que o caráter supletivo sugere que há uma incompletude, que será sanada com a utilização das regras do Código; já a aplicação subsidiária dar-se-á quando o Processo do Trabalho, v.g., necessitar de um aporte do processo civil para solucionar alguma questão que não possa ser feito apenas com a utilização das normas insertas Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, o Código de Processo Civil (2015) autoriza através do seu artigo 15 a aplicação de suas regras aos demais processos; todavia, na seara do Processo do Trabalho, desde a edição Consolidação das Leis do Trabalho, existe previsão de aplicação subsidiária das regras do Código de Processo de Civil, com um diferencial: desde que não conflitem entre si.

Pode-se, em um primeiro momento, acreditar que a mera comparação de diplomas normativos seria suficiente para definir quais regras poderiam (ou não) serem aplicadas ao processo do trabalho. Nesse caso, seria um mero procedimento de análise, no qual as respostas não demandariam qualquer esforço hermenêutico.

A incompatibilidade a que se refere a Consolidação das Leis do Trabalho está relacionada à essência que informa esses diferentes ramos do Direito Processual. Para uma melhor explanação convém relacionar os princípios que os informam.

Considerando Nery Jr.³⁵ o Código de Processo Civil os seguintes princípios: devido processo legal, dispositivo (da inércia ou da demanda), inafastabilidade da jurisdição, isonomia, contraditório, publicidade, duração razoável do processo³⁶, cooperação³⁷, entre outros.

O Direito Processual do Trabalho, ao seu turno, submete-se aos seguintes princípios específicos: *in dubio pro misero*, conciliação, verdade real, finalidade social e normatização coletiva. Tais princípios recebem toda a carga dos valores que informam tanto o Direito Material quanto o Processual. Sob o viés constitucionalista, os direitos sociais – objetos de proteção da seara laboral – estão encartados na segunda geração dos direitos fundamentais; daí, a doutrina juslaboral, em sua grande maioria, defender que os mesmos não são suscetíveis de transação, posto que irrenunciáveis.

A contar com esse posicionamento, já de plano se poderia ratificar que mediação e processo do trabalho são incompatíveis, e, assim, nesse ponto o artigo 15 do Novo CPC (2015), na matéria afeta à mediação não poderia ser aplicado. Por uma razão: a Consolidação das Leis do Trabalho exige que sejam aplicadas somente as disposições compatíveis, e, a mediação poderia afetar esse núcleo intangível da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas – direitos fundamentais de segunda geração.

Adverta-se, preliminarmente, que se está diante de uma diferença sensível – porém significativa – entre renúncia e transação de direitos trabalhistas. Ao primeiro olhar, pode parecer que se trata de mais uma discussão meramente acadêmica, contudo a existência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho é um reforço para as vozes contrárias à adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos nesta seara.

O *jus postulandi*³⁸ consiste na possibilidade da parte se apresentar em juízo sem a presença de um advogado, independente do valor dado à causa. Nesse caso, a parte autora – reclamante – formula sua reclamatória oralmente perante o setor de distribuição dos tribunais regionais. Se a causa for dirigida, em grau recursal, aos Tribunais Superiores – Tribunal Superior do Trabalho e

35 NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2010.

36 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações”. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

37 Ibidem., p. 63.

38 SILVA, Túlio Macedo Rosa. **Assistência Jurídica Gratuita na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136-137.

Supremo Tribunal Federal – e no caso do ajuizamento de ação rescisória é que se faz imprescindível o patrocínio de advogado.

A Justiça do Trabalho viveu, no início do século XXI, a experiência das Comissões de Conciliação Prévia. Foi inserido na Consolidação artigo instituindo as referidas comissões, sem, contudo, torná-las integrantes da Justiça Laboral. Acaloradas discussões foram travadas em torno de sua existência e da obrigatoriedade de os conflitos trabalhistas serem previamente submetidos ao crivo das Comissões antes do ajuizamento da reclamatória trabalhista.

No próprio seio da Justiça os entendimentos divergiram. Aqueles que entendiam ser obrigatória a submissão do conflito à Comissão antes de se ingressar com a reclamatória, lastreavam sua posição na literalidade do artigo da CLT. De outro lado, aqueles que não aceitavam mencionada imposição, atribuíam às Comissões um caráter facultativo, e manejavam a disciplina do artigo 5, inciso XXXV da Constituição da República de 1988³⁹, segundo o qual a atuação do Judiciário é inafastável.

Posteriormente, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, e com a concessão da liminar pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de não ser obrigatória a submissão do conflito às Comissões de Conciliação Prévia, estas tiveram seu sentido esvaziado, depois de uma duração extremamente efêmera.

A publicação do Código de Processo Civil (2015) reacendeu as discussões acerca da utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos no âmbito laboral. A experiência das Comissões não foi o ideal, mas pode ser tomada como parâmetro para uma melhor compreensão desse novo sistema, mais especificamente, para a adoção da mediação no Processo do Trabalho, sem que para tanto se descaracterize a essência desse processo tido durante anos como o mais simples e eficaz; e, mais, sem que a mediação represente para o Direito do Trabalho o aniquilamento de direitos e garantias, mas tão somente a possibilidade de julgamentos menos burocráticos, alternativos à Jurisdição, que atualmente vê a sua balança apinhada de processos aguardando por seu desfecho.

A mediação, conforme anota⁴⁰, é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não irá decidir, somente auxiliará as partes a galgarem uma solução consensual.

Essa contribuição do mediador não desfaz – nem minimiza – a importância que a jurisdição conquistou historicamente⁴¹, isso porque, conforme dito, a substituição da vontade das partes pela do Estado dotou a sociedade de uma nova pauta de valores e garantias, tais como a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, além da responsabilidade patrimonial na execução dos julgados. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos – assim como a mediação – assumem importância em um contexto em que a figura do juiz – enquanto guardador de promessas⁴² – vê-se diante da multiplicação de demandas⁴³, decorrentes das complexas relações sociais de uma sociedade de consumo massificada.

Questão tormentosa relativa ao emprego da mediação no processo do trabalho⁴⁴ se deu em decorrência da natureza dos direitos vindicados na Justiça Laboral. Até a Emenda Constitucional n.

49 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

40 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações”. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

41 HILL, Flávia Pereira. “A Nova Lei de Mediação Italiana”. **Revista de Direito Processual**. v. 6, n. 6, 2010.

42 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 259.

43 GARAPON, Antoine. **Os Juizes na mundialização**. A nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006a, p.283-284.

44 PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “A mediação de conflitos trabalhistas no Brasil e a mediação judicial no Tribunal do Trabalho do Reino Unido”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 14, n. 1, 2014.

45 de 2004⁴⁵, apenas ações decorrentes de contratos de trabalho – vínculo empregatício – poderiam ser apreciadas, desde que preenchidos os requisitos dos artigos 2 e 3 da Consolidação das Leis do Trabalho, e assim as verbas que eram devidas possuíam caráter alimentício, daí sobressair a sua indisponibilidade. Após dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, conforme Emenda Constitucional n. 45⁴⁶, e não apenas as relações decorrentes do contrato de trabalho seriam ali processadas e julgadas.

A Justiça do Trabalho tem como missão maior assegurar a concretização do direito social ao trabalho, conforme Emenda Constitucional n. 45⁴⁷. Os direitos sociais são considerados pela doutrina constitucional como direitos fundamentais de segunda geração, os quais apontam como sujeito passivo o Estado, responsável por sua implementação.

Historicamente, os polos processuais da reclamatória trabalhista exteriorizam um desigualdade de forças, posto que o autor – reclamante – não detém as condições físicas, econômicas, técnicas e informacionais para concorrer em igualdade com o réu – reclamado; desigualdade esta que se manifesta claramente no processo, não se resumindo ao plano material.

Essa desigualdade somada à natureza jurídica dos direitos vindicados na seara trabalhista seriam preponderantes para impedir o uso na mediação no processo do trabalho. Entretanto, na esteira do que disciplina o Código de Processo Civil, fortemente influenciado pela necessidade de se garantir o acesso à justiça, é possível que sejam expendidas uma série de razões em favor da utilização.

A natureza jurídica dos direitos trabalhistas impõe que se observe a sua indisponibilidade, mas é possível que o trabalhador opte por não ajuizar a reclamatória trabalhista, e assim haverá uma renúncia. Todavia, uma vez ajuizada ainda assim é possível que haja a transação⁴⁸ desses direitos sem que se desnature a indisponibilidade.

Outra diferença importante que merece ser destacada repousa na diferença entre renúncia e transação. Uma vez aplicada a mediação no processo do trabalho, os direitos submetidos ao mediador não são passíveis de renúncia, porque isto efetivamente violaria um dos princípios mais caros aplicáveis aos direitos fundamentais, que seria o da vedação ao retrocesso social. Contudo, a transação, que implicaria em concessões recíprocas, teria aptidão para incrementar a resolução de conflitos trabalhistas sem que ofendesse os ditames constitucionais, ou aumentasse o fosso que impede a paridade de armas entre empregado/prestador e empregador/tomador de serviços.

À guisa de exemplo, empregada grávida demitida sem justa causa recorre à Justiça do Trabalho pleiteando seus direitos relativos ao período estável, além dos demais consectários trabalhistas. Ajuizada reclamatória, pauta extensa, com audiência inaugural marcada para 6 (seis) meses após a data do ajuizamento. A reclamante não comparece à audiência, e o advogado apresenta atestado médico, o qual aponta a impossibilidade de se deslocar, em virtude dos cuidados com seu filho recém-nascido. Remarcada a audiência, realizada, prolatada sentença com julgamento de procedência do pedido, interposto recurso, trânsito em julgado, início da execução; passaram-se 6 (seis) anos. Com o início dos atos executórios, verificou-se que, em virtude da crise econômica, as atividades

45 BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

46 Ibidem.

47 Ibidem.

48 BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Os Limites ao Acordo em Juízo e as Garantias do Processo Justo**. São Paulo: LTr, 2013.

empresariais não continuaram a ser exercidas nos últimos 6 (seis) meses, cujo encerramento se deu sem a observância de qualquer formalidade legal. Não foram encontrados bens, indispensáveis à execução do julgado.

Ao se redesenhar a situação acima narrada, em que a mediação é utilizada como a primeira tentativa de pacificação do conflito, da dispensa da empregada gestante à realização da audiência com o mediador o tempo transcorrido é de 30 (trinta) dias. O mediador emprega as técnicas a que se aludiu no capítulo anterior, as partes conseguem apreender as vantagens e desvantagens do acerto; que ficou, após a intervenção do mediador – da seguinte forma: pagamento imediato do valor do período da estabilidade, com a relação às demais feito parcelamento em 5 (cinco) meses, inclusive abrangendo pedido de pagamento de indenização por dano moral, o qual após as considerações do mediador, fora reduzido em 50% (cinquenta), a pedido da autora.

No caso em tela, percebe-se a diferença⁴⁹ entre renúncia (redução/exclusão direitos indisponíveis) e transação (concessões); a mediação, nos termos da Resolução 125⁵⁰ estimulou a resolução do litígio de forma amigável, mediante uma reflexão das partes, a qual fora possível porque o emprego de técnicas pelo mediador torna o procedimento mais específico. Sendo assim, de plano descarta-se ser a mediação uma nova tentativa equivalente ao que se pretendeu com as Comissões de Conciliação Prévia. Argumentos não faltam.

A mediação estaria inserida na terceira onda do acesso à justiça, a medida que seu objetivo é o enfoque do acesso. Nesta onda, estão compreendidos instrumentos eficazes na solução de conflitos. A interpretação restritiva de acesso à justiça é aquela que se volta à compreensão de acesso sob a ótica do artigo 5, inciso XXV da Constituição⁵¹. E, neste fundamento, que se embasou a decisão prolatada em sede de liminar pelo Ministro Marco Aurélio determinando a não obrigatoriedade da submissão dos conflitos trabalhistas às mencionadas Comissões.

Sendo assim, face às inúmeras mudanças estruturais e ideológicas na seara do processo civil, além da necessidade de uma compreensão adequada de acesso à justiça, mesmo antes de qualquer regulamentação do Tribunal Superior do Trabalho, o manejo da mediação no processo do trabalho, através da aplicação supletiva e subsidiária no Código de Processo Civil (2015). Firme nos argumentos de que a mediação não implica em violação ao monopólio da jurisdição, possibilita que através das técnicas de mediação as partes possam ter acesso a um cenário mais específico do prolongamento da demanda. Soma-se a isso o fato de que, embora os direitos trabalhistas estejam alocados nos direitos sociais, nada impede que os direitos sejam transacionados, considerando as expectativas e as perspectivas de cada uma das partes.

E, ainda, advirta-se a jurisdição, a investidura do magistrado, a decisão judicial não perdem sua importância no Estado Democrático de Direito, nem esteriliza a regra contida no artigo 5, inciso XXXV da Constituição⁵² (CRFB, 1988). Na verdade, o que se tem pugnado é a resolução de conflitos, mediante a adoção de técnicas diferenciadas, que permitam a não eternização de demandas e solução amigável,

49 TST. **Recurso Ordinário**. RR 5632275919995105555 563227-59.1999.5.10.555. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11 mar 2020, 4ª turma. Data de Publicação: DEJT 20/03/2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186856691/recurso-de-revista-rr-555007720075150094/inteiro-teor-186856711>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

50 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

51 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

52 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

orientada por um terceiro, devidamente capacitado para lidar com as questões que lhe são postas.

No caso da Justiça do Trabalho, onde ainda existe o *jus postulandi*, o mediador segue as determinações da Resolução 174, do CSJT (2016). Esta propiciaria que entre as partes fosse adequadamente cumprido o princípio da paridade das armas, não haveria uma disputa em si a ser travada e vencida sob a ótica de quem apresentasse melhor lastro probatório; mas uma administração de interesses tomando em consideração a possibilidade de transação de direitos sociais – de cunho indisponível – e, no tocante, a direitos vindicados na esfera trabalhista, mas dotados de caráter essencialmente patrimonial ser possível atos que importem renúncia em prol da consecução do deslinde da causa. Sem que com isso a mediação desnature as características do processo do trabalho e a finalidade protetiva do direito material.

4. A Mediação no Processo do Trabalho, em Tempos de COVID-19

A mediação, no processo do trabalho, não foi contemplada na Resolução 125 do CNJ, coube ao CSJT, conforme visto, na Resolução 174 disciplinar a matéria, viabilizando, assim, a criação dos CEJUSCs, na Justiça do Trabalho.

A Recomendação CSJT/GVP nº 01/2020 pugna pelo uso da mediação e da conciliação em ações relacionadas à pandemia. A medida aponta para as ações restritivas de preservação da saúde pública e a preservação dos serviços públicos e atividades essenciais da Justiça do Trabalho, como as ações de mediação e conciliação de dissídios individuais e coletivos.

Depreende-se, ainda, da recomendação a necessidades dos coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Nupemec-JT) e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Cejuscc-JT) analisarem a oportunidade de atuação como mediadores e conciliadores para conflitos individuais ou coletivos no âmbito pré-processual, desde que sejam afetos aos interesses do exercício de atividades laborativas e do funcionamento das atividades empresariais no contexto da situação extraordinária da pandemia.

A utilização de aplicativos de mensagens eletrônicas ou videoconferência para promover a mediação e a conciliação de conflitos que envolvam a preservação da saúde e da segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais definidas no artigo 3º do Decreto 10.282/2020, que regulamenta a lei sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, também foi objeto da regulamentação, nessa parte direcionada aos magistrados.

O escopo da Recomendação exarada no âmbito da Justiça do Trabalho é manter serviços essenciais e solucionar conflitos que envolvam a saúde e a segurança do trabalho durante o período da pandemia.

De acordo com levantamento levado a efeito pelo Tribunal Superior do Trabalho, a Justiça do Trabalho recebeu 7.7 mil ações⁵³ durante o período da pandemia. Do montante, 22,9% dizem respeito ao pagamento de verbas rescisórias; 12,58% exaram pedidos de liberação do saque de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e, por fim, os setores mais recorrentes, nesse período, foram da indústria, turismo, alimentação, comunicações e serviços.

O termômetro COVID-19 na Justiça do Trabalho⁵⁴, implementado pela CONJUR em parceria com

53 **Justiça do Trabalho recebeu 7,7 mil ações, desde o início da pandemia.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-06/justica-do-trabalho-recebeu-77-mil-aco-es-desde-o-inicio-da-pandemia>>. Acesso em:

54 **Para advogados, judicialização de conflitos trabalhistas será cada vez maior.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/numero-aco-es-trabalhistas-durante-epidemia-cada-vez-maior>>.

a instituição de educação Finted e a startup Datalawyer Insights, aponta mais de 9 mil demissões nos primeiros quatro meses do ano de 2020, no Brasil.

No Rio Grande do Sul⁵⁵, a pandemia fomentou em 156% o número de casos de mediação trabalhista. Num primeiro momento, as mediações tinham por objeto questões básicas para resguardar a saúde dos trabalhadores, tais com, fornecimento de máscaras e álcool em gel. Posteriormente, as pautas foram tomadas com questões relacionadas à atividade econômica do empresário.

Inarredável a importância da mediação, em tempos de COVID-19, que precisou contar com a atividade criativa do CSJT para se reinventar, nesse período em que as atividades presenciais foram suspensas.

Reinventar-se, sem perder sua essência, sem apagar os princípios que regem esse mecanismo alternativo de solução de conflitos. Reinventar-se para garantir, com celeridade, os equipamentos de proteção individual do trabalhador, bem como auxiliar na manutenção de postos de trabalho em meio à crise econômica e social que a pandemia gerou.

Nesse momento pouco usual da história da humanidade, a Justiça do Trabalho, com a mediação, pode, ainda, funcionar como agente de promoção de políticas públicas nos cuidados daqueles que foram infectados com o coronavírus.

A título de exemplo, a mediação realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região assegurou o repasse de 13 (treze) milhões para ações de prevenção e de combate ao novo coronavírus, no Estado do Rio Grande do Norte⁵⁶.

O acordo judicial foi firmado entre a Companhia Energética do Rio Grande do Norte (Cosern) e o Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte (MPT-RN), por videoconferência.

Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, no ano de 2010. Os recursos provenientes do acordo foram remanejados às secretarias de Saúde do Estado e dos municípios de Natal e de Parnamirim, à Universidade Federal do Rio Grande do Norte e à Liga Contra o Câncer.

Nas palavras do juiz Michael Knabben⁵⁷, coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) de Natal, os recursos serão utilizados para a aquisição de equipamentos, medicamentos e insumos essenciais à prevenção e ao tratamento das pessoas infectadas, viabilizando novos leitos de UTIs e Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) para os profissionais de saúde. “No caso de Natal, também conseguiremos colaborar com a reforma do Parque da Costeira”, ressaltou o magistrado, que também destacou a atuação proativa do MPT-RN e da Cosern para a consolidação do acordo.

O imóvel onde funcionava o hotel Parque da Costeira foi objeto de constrição judicial, nos autos de reclamatória trabalhista que tramita no TRT 21. No mês de março, foi disponibilizado⁵⁸ para funcionar como hospital de campanha, no município de Natal, cuja estrutura comporta 320 (trezentos e vinte) leitos para pacientes diagnosticados com COVID-19.

55 **Pandemia reflete em aumento de 156% no número de casos de mediação trabalhista.** Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/04/pandemia-reflete-em-aumento-de-156-no-numero-de-casos-de-mediacao-trabalhista-ck9hwdh5700cv017nsf230g7e.html>>. Acesso em:

56 **Acordo homologado pelo TRT-RN em ação do MPT-RN assegura repasse de R\$ 13 milhões para ações de combate ao coronavírus.** Disponível em: <<https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/acordo-homologado-pelo-trt-rn-em-acao-do-mpt-rn-assegura-repasse-de-r-13-milhoes>>. Acesso em:

57 **Acordo homologado pelo TRT-RN em ação do MPT-RN assegura repasse de R\$ 13 milhões para ações de combate ao coronavírus.** Disponível em: <<https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/acordo-homologado-pelo-trt-rn-em-acao-do-mpt-rn-assegura-repasse-de-r-13-milhoes>>. Acesso em:

58 **TRT-RN realiza imissão na posse do Parque da Costeira à Prefeitura de Natal.** Disponível em: <<https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/trt-rn-realiza-imissao-na-posse-do-parque-da-costeira-prefeitura-de-natal>>. Acesso em:

6. Considerações Finais

O estudo teve por objetivo analisar a importância da mediação, em tempos de COVID-19.

Para tanto, fez-se necessário analisar, no primeiro tópico, os meios alternativos de solução de conflitos, na perspectiva do acesso à justiça; mais especificamente a pesquisa tem como centralidade a expansão da terceira onda, engendrada por Cappellletti e Garth, na obra Acesso à Justiça.

Dessa forma, os mecanismos alternativos de solução de conflitos se amoldam ao Enfoque no Acesso à Justiça, com vistas a conter a judicialização excessiva e corroborar com o ideal de pacificação social, com o emprego de mecanismos outros que não sejam o da jurisdição.

Para ser mais preciso no estudo do objeto, optou-se por esmiuçar a mediação e suas técnicas, para então trabalhar com a mediação no processo do trabalho.

Em virtude do caráter alimentar – em larga escala - dos direitos vindicados na Justiça do Trabalho, com a inserção da mediação no Código de Processo Civil (2015) e a aplicação supletiva e subsidiária deste no processo do trabalho, instaurou-se discussão doutrinária quanto ao uso desse mecanismo alternativo.

O Conselho Nacional de Justiça não pacificou a questão com a Resolução 125. Ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho coube, por meio da Resolução 174, disciplinar o cabimento da mediação na solução das causas trabalhistas.

Feita essa necessária incursão histórica, o último tópico destinou-se contextualizar a mediação em tempos de COVID-19.

A Recomendação 01/2020 da lavra do Vice-Presidente autorizou o uso da mediação por meio de mensagens de aplicativos, considerando a suspensão das atividades presenciais, em razão da pandemia.

A mediação tem por mote a inexistência de vencedor e vencido. Sua função é aproximar as partes e assim galgar a pacificação social.

No caso em tela, o mundo se vê em meio à pandemia gerada pelo coronavírus, para o qual não há vacina e os remédios manejados, ainda, não garantem a cura em 100 % dos casos.

Momento de solidariedade global, de empatia e ampliação dos papéis dos atores sociais.

A Justiça do Trabalho, com o uso da mediação, tem sido agente transformador, nesses tempos difíceis. Com a promoção do diálogo entre as partes, o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por exemplo, conseguiu aportar recursos para a prevenção e combate ao coronavírus e realizar a cessão de bem penhorado judicialmente para abrigar hospital de campanha, destinado aos pacientes infectados com a COVID-19, no município de Natal.

O mundo será dividido em antes e pós-pandemia. Até o fechamento do presente artigo, o isolamento social se mostrou como única ferramenta científica eficaz contra o coronavírus.

Isso afeta a economia, aumenta a quantidade de desempregados no país e demanda uma nova postura resolutiva de solução de conflitos. Postura esta que precisa relativizar o binômio vencedor/vencido que informa judicialização de conflitos. A hora é para colocar, em prática, o escopo da mediação: aproximar as partes, em um ambiente de colaboração, de modo que não se procure sufragar tese, mas a paz social, tão rarefeita em tempos e pandemia.

7. Referências

BARROS, Flaviane M. “O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil”. In: Geraldo Prado; Diogo Malan. (Org.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. 1ed, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Os Limites ao Acordo em Juízo e as Garantias do Processo Justo**. São Paulo: LTr, 2013.

BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. A 3ª Onda de Mauro Cappelletti: os equivalentes jurisdicionais como alternativa à jurisdição. In **Revista da Faculdade do Sul de Minas**. ano XXIII; nº 24; jan/jun. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre:

Sergio Antonio Fabris, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: BOOKSELLER, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GARAPON, Antoine. **Os Juízes na mundialização**. A nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006 a.

GESTA LEAL, Rogério. **Impactos Econômicos das Decisões Judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O Processo Justo**. 2002. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HILL, Flávia Pereira. “A Nova Lei de Mediação Italiana”. **Revista de Direito Processual**. v. 6, n. 6, 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2010.

NIEVA-FENNOL, Jordi. “Mediação: Uma alternativa razoável ao processo judicial?” **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 14, n. 1, 2014.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito Constitucional das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “A mediação de conflitos trabalhistas no Brasil e a mediação judicial no Tribunal do Trabalho do Reino Unido”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 14, n. 1, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 11, n. 11, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações”. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

RISKIN, Leonard. **Mediation: The Art of facilitating Settlemente - An interactiva training program**, ministrado por professores e mediadores da Stratus Institute for Dispute Resolution - Pepperdine University - School of Law. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, 2015.

ROQUE, André Vasconcelos. “A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução.” **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 7, n. 7, 2011.

SADEK, Maria Tereza. “Acesso à Justiça: Visão da Sociedade”. **Revista Justitia**. São Paulo, v.65, n. 198, jan./jun 2008.

SILVA, Túlio Macedo Rosa. **Assistência Jurídica Gratuita na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPENGLER. Fabiana Marion. “O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 8, n. 8, 2011.

TST. **Recurso Ordinário**. RR 5632275919995105555 563227-59.1999.5.10.555. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11 mar 2020, 4ª turma. Data de Publicação: DEJT 20/03/2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186856691/recurso-de-revista-rr-555007720075150094/inteiro-teor-186856711>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TUCCI; José Rogério Cruz. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 2001.

TUPINAMBÁ, Carolina. “Novas Tendências de Participação Processual – O Amicus Curiae no Anteprojeto do Novo CPC”. In: FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa – Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

WEBER. Ana Carolina. “Imparcialidade dos Árbitros: Um exame de precedentes judiciais”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 2, v. 2, jan./dez. 2008.



O ADVOGADO É INDISPENSÁVEL À MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL?

Murilo Strätz
Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

1. Introdução

O art. 11 da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, que dispõe sobre a presença facultativa de advogados e defensores públicos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6324, proposta em fevereiro deste ano pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).²

A entidade de classe opõe-se à interpretação de que a presença dos advogados e defensores públicos nos CEJUSC's possa ser meramente facultativa, por transgredir, no entendimento da autora, diversos dispositivos constitucionais, nomeadamente, o artigo 133 (indispensabilidade do advogado para a administração da justiça), o artigo 5º, LV (ampla defesa) e o artigo 103-B, § 4º (competências do Conselho Nacional de Justiça), todos da Constituição Federal Cidadã.

Alertando para os riscos jurídicos que os titulares do direito controvertido assumem ao entabularem uma autocomposição sem a assistência técnica de um causídico, a OAB postula seja

1 "Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados." Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

2 No pedido principal, a autora postula ao Supremo o acolhimento da seguinte tese, *verbis*: "O art. 11 da Resolução CNJ 125/2010 não autoriza a representação facultativa por advogado nas mediações e conciliações processuais e pré-processuais realizadas nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)" Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2020/02/179362aa-5d65-45a9-a484-f7a41a311b7e.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

afastada do art. 11 da Resolução CNJ 125/2010 qualquer interpretação no sentido da facultatividade da representação por advogado nos CEJUSC's. A ação está sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso e ainda aguarda decisão sobre o pedido de medida cautelar que a aparelha.³

O presente ensaio propõe-se a examinar, obviamente de modo não exaustivo, a procedência dos argumentos articulados na referida ADI, sobretudo os relativos às supostas previsões constitucional e legal da presença mandatória de advogados nas mediações pré-processuais⁴ realizadas nos CEJUSC's.

Os tópicos que compõem o desenvolvimento deste breve artigo buscarão verificar, de modo analítico, se a pretensão deduzida pela corporação de advogados está mesmo de acordo com a Carta Cidadã de 1988, a qual é considerada, sem sombra de dúvida, a mais inclusiva, participativa e democrática de todas as Cartas que o Brasil já teve desde a Constituição Imperial de 1824.

2. A autocomposição nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC's

O art. 24 da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) estabelece que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's, criados pelos tribunais, “*são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais*”⁵, além de desenvolverem ações de orientação, auxílio e estímulo à autocomposição (programas de cidadania). O art. 165 do CPC⁶ também trata das sessões de autocomposição realizadas nos CEJUSC's, embora não as distinga entre processuais e pré-processuais.

Como se vê, de acordo com a Lei de Mediação, as sessões de autocomposição podem ser *processuais* ou *pré-processuais*. Serão processuais se a demanda já tiver sido ajuizada, caso em que a conciliação ou mediação será incidental ao processo. Serão pré-processuais, por sua vez, as demais sessões de autocomposição, vez que em relação ao objeto delas ainda não há processo instaurado, tendo em conta que a formação deste só se dá a partir da proposição da ação em juízo, vale dizer, “quando a petição inicial for protocolada”, na forma do art. 312 do CPC⁷.

Mas, antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação, o art. 8º, §1º, da Resolução CNJ nº 125/2010 já estabelecia aquelas duas modalidades de sessões de conciliação e mediação: as pré-processuais e as processuais. E o artigo 10 da Resolução CNJ nº 125/2010 também determinava que cada Centro Judiciário deveria abranger, necessariamente,

3 Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5859757>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

4 Como o artigo parte da análise de dispositivos da Resolução 125/2010 do CNJ, empregar-se-á, ao longo de todo texto, o termo “mediação pré-processual”. Não se olvida, contudo, que a Lei de Mediação optou pela terminologia “mediação extrajudicial” para o instituto, no que veio a ser seguida pela doutrina. Registre-se, ainda, que, embora usualmente instaurada em momento anterior à judicialização do conflito, a mediação extrajudicial (ou privada) tem cabimento também na pendência de processo judicial, que poderá ser suspenso enquanto as partes participam das sessões consensuais. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 299.

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

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

6 “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”.

7 “Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.

três setores: setor pré-processual (para resolver conflitos ainda não judicializados), setor processual (para resolver conflitos já judicializados) e um setor de promoção da cidadania (ações de orientação, auxílio e estímulo à autocomposição, prévias à ocorrência de um conflito).

Como se vê, foi a Resolução CNJ n.º 125/2010 que, ao disciplinar o tema em âmbito nacional, positivou de modo sistemático no Brasil, ainda que em termos infralegais, o sistema multiportas, conferindo-lhe feições inegavelmente institucionais.

Não obstante os indiscutíveis méritos, pioneirismo e avanços trazidos ao longo dos seus dez anos de vigência, tal Resolução passa, contudo, a ter seu art. 11 como objeto de questionamento pela OAB na referida ADI n.º 6324.

A OAB alega, entre outros argumentos, que o referido art. 11 violaria o contido no art. 334, § 9º, do CPC, e no art. 26 da Lei n.º 13.140/2015, cujo conteúdo normativo será objeto do próximo tópico.

3. A presença obrigatória de advogado na mediação *processual* e a sua dispensabilidade na *pré-processual*

Tanto o art. 334, § 9º, do CPC⁸ quanto o art. 26 da Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação)⁹ impõem a presença de advogado nas audiências de autocomposição *processuais*, vale dizer, nas sessões de conciliação ou mediação realizadas a partir de um processo judicial.

A OAB pretende a extensão, por via exclusivamente judicial, de tal obrigatoriedade legal às hipóteses de autocomposição *pré-processual*, isto é, àquelas sessões de mediação/conciliação cujo objeto ainda não foi judicializado.

A entidade corporativa sustenta que o art. 26 da Lei de Mediação situa-se topograficamente na Subseção III (“Da Mediação Judicial”) da Seção III (“Do Procedimento de Mediação”), e que o art. 24, que prevê sessões processuais e pré-processuais, também se situa naquela Subseção, o que demonstraria, no entender da OAB, que a obrigatoriedade da presença de advogados se estenderia às mediações pré-processuais realizadas nos CEJUSC’s, ao contrário do que prevê o impugnado art. 11 da Resolução CNJ n.º 125/2010.

A ADI embasa sua pretensão nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 133 (indispensabilidade do advogado para a administração da justiça), o artigo 5º, LV (ampla defesa) e o artigo 103-B, § 4º (competências do Conselho Nacional de Justiça).

Entretanto, com o devido respeito aos argumentos articulados na ação constitucional, o artigo 133 parece não ter o alcance pretendido pela autora. Eis a redação do dispositivo alegadamente violado pelo CNJ, *verbis*: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A evocação de tal dispositivo constitucional, como causa de pedir próxima, desconsidera a plena compatibilidade com a atual Carta do *ius postulandi* para ingresso nos Juizados Especiais Cíveis

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

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos”.

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

Estaduais e Federais (art. 9º da Lei nº 9.099/1995¹⁰ e art. 10 da Lei nº 10.259/2001¹¹, respectivamente) e na Justiça do Trabalho (art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT)¹².

Até mesmo na seara processual penal, onde eventuais vícios no exercício do direito de defesa possuem consequências evidentemente mais graves, o legislador pátrio cuidou de prever a possibilidade do *ius postulandi* para manejo de revisão criminal e para impetração de *habeas corpus*, *ex vi* do disposto, respectivamente, nos artigos 623¹³ e 654¹⁴ do Código de Processo Penal (CPP).

A OAB parece olvidar-se, outrossim, de que no ano de 2006 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 3168/DF, proposta por seu próprio Conselho Federal em face da previsão contida no mencionado art. 10 da Lei nº 10.259/2001, que faculta a propositura de ação, perante os Juizados Especiais Federais Cíveis, sem a intermediação de advogados. Extraí-se do julgamento, *verbis*: “No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais”.¹⁵

E, um pouco antes disso, ao julgar a ADI 1.127-8/DF (proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB em face de diversos dispositivos do Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/1994), o Supremo STF já havia declarado a constitucionalidade de ações “*aforadas por qualquer do povo, sem necessidade de possuir pergaminho universitário ou instrumento procuratório*” e asseverado na ementa do aresto que, embora o advogado seja indispensável à administração da justiça, “[S]ua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais”.¹⁶

Esta é precisamente a situação das sessões de mediação pré-processuais, ainda que realizadas no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC’s, os quais, como já visto, são criados pelos tribunais e considerados, portanto, órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário.

10 “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. § 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar. § 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais. § 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício”.

11 “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

12 “Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. § 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado. § 3º - A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada”.

13 “Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

14 “Art. 654. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de **habeas corpus** conterá: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

15 ADI 3168/DF, Plenário, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgada em 08/06/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89842/false>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

16 ADI 1.127-8/DF, Plenário, Redator p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 17/05/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em 16 jun. 2020.

As mediações nele realizadas, contudo, não são necessariamente processuais, dada a expressa competência legal de que aqueles Centros dispõem para, além de atuar em feitos já judicializados, realizar também mediações e conciliações pré-processuais (relativas, por conseguinte, a demandas não ajuizadas), além de prestar orientações mediante programas de promoção da cidadania que estimulem a autocomposição.

Precisamente nesse sentido é a reiterada posição do CNJ. Consultado sobre a necessidade da presença de advogados por ocasião de conciliações ou mediações pré-processuais, o Plenário do CNJ, em julgamento concluído em 06/08/2013, já se havia manifestado, por unanimidade, nos seguintes termos:

“Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania não se destinam, exclusivamente, a realização de atos processuais. A conciliação ou mediação pré-processual é dessas atividades que pode ser realizada sem a necessária participação dos advogados, porque objetiva apenas facilitar a transação, ato de autonomia privada reservado a toda pessoa capaz, de prevenir ou terminar litígios” (Consulta n.º 0001702-54.2013.2.00.0000, relatada pela Conselheira Candice Jobim)¹⁷.

Tal entendimento foi reafirmado pelo Plenário do CNJ em 06/11/2018, no julgamento do Pedido de Providências n.º 0004837-35.2017.2.00.0000, relatado pela Conselheira Iracema Vale, do qual se destaca, dessa vez por maioria, que “o artigo 11 da Resolução CNJ n.º 125/2010 está em conformidade com a legislação regente sobre o tema”.¹⁸

São legítimas, destarte, as posturas tanto do legislador quanto do CNJ, no sentido de não exigir a presença de advogado em mediações pré-processuais.

Com efeito, o art. 9º da Lei de Mediação, que trata dos requisitos para que alguém atue como mediador extrajudicial, não exige sequer formação superior. A capacitação técnica que se apresenta como obrigatória diz respeito tão somente aos fundamentos da mediação¹⁹.

A exceção se dá quando uma das partes já esteja assistida por advogado, quando, em respeito à isonomia, ao equilíbrio processual e à ampla defesa, a própria Lei de Mediação, art. 10, p.ú.,²⁰ exige que todas as partes estejam devidamente patrocinadas por profissional da advocacia.

Esse art. 10 da Lei de Mediação está contido na subseção que trata dos mediadores extrajudiciais, deixando claro, portanto, que a presença de advogados só será obrigatória se uma das partes já estiver patrocinada, caso contrário, não.

Como se vê, a tese sustentada pela OAB desconsidera a diferença de tratamento que a Lei de Mediação reserva às mediações judiciais, de um lado, e às extrajudiciais, de outro. Mais um exemplo dessa distinção legal encontra-se no seu art. 25, ao estabelecer que, “[N]a mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes”, o que demonstra tratamento

17 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=1663df734880c0bfb80deb052f2701e39b484d172d84d8e>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

18 Íntegra do acórdão disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=615d75b6a4de4a2ef9678406a05a287f0bf6c81ccc031b21755307d5e94d9ce-63000fed7c6236c8b5a4579a339894d5639b484d172d84d8e&idProcessoDoc=3481414/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

19 “Art. 9º. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.” Confira-se, a respeito, o Enunciado 47 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal, sob a Coordenação-Geral do Min. Luis Felipe Salomão e a coordenação específica do Professor Kazuo Watanabe: “A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito.” Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/910>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

20 A própria Lei n.º 13.140/2015 estabelece, *verbis*: “Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”.

diferenciado em relação à mediação extrajudicial.

O problema, porém, não está apenas na posição defendida pela OAB, mas também na própria redação um tanto incompleta do *caput* do art. 26 da Lei de Mediação, assim vazada ao disciplinar a “mediação judicial”: “Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001”. O dispositivo deveria ter sido mais claro e previsto, expressamente, que seu âmbito normativo de incidência se circunscrevia apenas às hipóteses de mediação processual.

Considerando que o art. 26 consta de uma Subseção intitulada “Da Mediação Judicial”, a OAB busca equiparar os adjetivos “judicial” e “processual”. Contudo, sabe-se que, embora toda autocomposição processual seja judicial, nem toda autocomposição realizada nos CEJUSC’s é processual, conforme o próprio art. 24 esclarece ao prever também as mediações pré-processuais e até mesmo as meras atividades de orientação em prol da cidadania, tudo a cargo desses órgãos judiciários.

Conclui-se o presente tópico, portanto, com a seguinte síntese: os CEJUSC’s são órgãos judiciários e seus mediadores são considerados “judiciais”, mas nem todas as mediações que ali se realizam têm natureza *processual*. Assim, as mediações *pré-processuais*, ainda que levadas a cabo no âmbito daqueles centros judiciários com a participação de “mediadores judiciais”, NÃO exigem a presença de advogado, exatamente como explicitado pelo art. 11 da Resolução CNJ nº 125/2010.

4. O Sistema Multiportas e a democratização do acesso à Justiça

A Carta de 1988, traçando como o primeiro dos objetivos fundamentais da nossa República o de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”²¹, inspirou boa parte da comunidade jurídica a desenvolver um conceito mais amplo e democrático de justiça, que seja acessível a todos,²² aqui incluídas as pessoas que não podem contratar um advogado e nem conseguem ser atendidas pelas já sobrecarregadas Defensorias Públicas, sobretudo em conflitos que ostentem complexidade técnica e montante econômico menos expressivos, como, por exemplo, uma controvérsia decorrente de pequena avaria resultante de manobra automobilística sem maiores repercussões.

Não há a menor necessidade, mormente em casos de pequena monta, de impor aos envolvidos a obrigatoriedade de contratação de um advogado particular ou a mobilização de um Defensor Público, ainda que aos interessados isso sempre lhes seja facultado. É regra de experiência comum, também conhecida como presunção *hominis* ou *facti* (CPC, art. 375)²³, o conhecimento ordinário de que, quanto maior o grau de regulamentação estatal sobre uma determinada atividade, mais dispendiosa ela se torna, ficando, por conseguinte, menos acessível aos pobres e hipossuficientes em geral.

A via judicial como exclusivo caminho para a pacificação de controvérsias tem nas pessoas pobres o segmento social mais excluído do acesso à justiça, dados os notórios entraves que

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

22 Mudança de paradigma influenciada pela chamada primeira onda renovatória do processo, do clássico, mas ainda atual Projeto de Florença, desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 69-70). Anote-se que a obra original data do ano de 1978: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

23 “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

existem para o ingresso no Judiciário.²⁴ E, mesmo para os mais afortunados, a solução judicial nem sempre se apresenta como a melhor, seja do ponto de vista técnico, seja do econômico, ou até mesmo sob o prisma humano, dados o distanciamento impessoal e o formalismo burocrático que costumam caracterizar os serviços judiciários. Em geral, apenas a linguagem técnico-jurídica dos operadores do Direito é que se faz ouvir dentro de fóruns e tribunais, cujas estruturas não foram forjadas para escutar, de modo personalizado, a voz dos não diplomados que não se fazem representar por um advogado.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a paradigmática Resolução do CNJ, cujo art. 11 é contestado pela OAB, foi o marco inaugural em território nacional daquilo que a doutrina estrangeira já sustentava havia décadas acerca do grau de importância dos Meios Adequados de Resolução de Controvérsias (MASC's), os quais não precisam ser necessariamente estatais, nem adjudicatórios.²⁵ E tampouco necessitam ser tutelados por advogados, em que pese a postura institucional da OAB. O protagonismo desloca-se dos operadores do Direito para os cidadãos em geral, de modo que caiba aos próprios titulares das situações jurídicas discutidas chegar a um consenso, sem necessidade de intervenção advocatícia.

Atualmente, não há mais dúvidas, nem mesmo entre os autores brasileiros, do inestimável papel desempenhado pelos métodos consensuais na pacificação de conflitos, tais como a conciliação e a mediação.²⁶

Dos *consideranda* da multicitada Resolução do CNJ consta “*que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*”²⁷.

Não constitui obra do acaso, portanto, a ampliação da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo artigo 3º do CPC, que, diversamente do texto constitucional, não se refere à apreciação de conflitos unicamente pelo Poder Judiciário, utilizando-se do termo mais aberto “apreciação jurisdicional”, que abarca, além da jurisdição estatal, a arbitragem (parágrafo 1º) e os meios autocompositivos (parágrafos 2º e 3º).

Esse conceito mais amplo de acesso à Justiça, a dar-se de modo multifacetado, insere-se no que Mauro Cappelletti e Bryant Garth já haviam denominado, quatro décadas atrás, de “terceira onda” de acesso à justiça.²⁸

24 Leonardo Greco elenca o próprio desconhecimento de noções básicas de Direito nas camadas sociais mais baixas como grave obstáculo ao acesso à justiça. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10-14.

25 Com efeito, em países filiados ao *common law* (como, por exemplo, a Inglaterra, os Estados Unidos da América e o Canadá), a mediação, a arbitragem e a jurisdição estatal já representavam, desde a década de 1970, três vias complementares de acesso à Justiça, sem que se pudesse falar de qualquer exclusividade em favor do processo judicial quanto àquele acesso. Vide, acerca dessa classificação tripartite, a clássica obra de Neil Andrews: ANDREWS, Neil. **The three paths of justice: court proceedings, arbitration and mediation**. Londres: Springer, 2012.

26 Sobre o sistema multiportas, já é assente também na doutrina nacional que, *verbis*: “A ideia do sistema multiportas é justamente permitir que cada conflito tenha um tratamento adequado, funcionando o Judiciário como uma rede de proteção, para a hipótese de as partes não alcançarem uma solução consensual. Na verdade, o Judiciário deveria ser o último degrau de uma escalada conflituosa” PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 141.

27 Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

28 Sobre a insuficiência das reformas que buscam aprimorar o processo judicial e sobre a insuficiência do próprio modelo judiciário para resolver uma gama variada e infindável de conflitos, Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH afirmavam, já na década de setenta, que, *verbis*: “Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma. Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 69-70). Anote-se que a obra original data do ano de 1978: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

A conciliação e a mediação nada mais são do que meios para se atingir um fim, que será a solução consensual da controvérsia, vale dizer, o acordo ou consenso firmado entre as partes que se desentendiam. A propósito, o art. 1º, parágrafo único, da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) dispõe: “*Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”.

Em verdade, há basicamente quatro tipos de meios *extrajudiciais* de solução de conflitos (MESC's): a negociação (sem intermediação por terceiro), a conciliação (intermediação pelo conciliador, que costuma propor soluções de modo mais ativo), a mediação (intermediação pelo mediador, cuja postura é menos propositiva e mais indicada para conflitos decorrentes de vínculos anteriores entre as partes que mereçam ser preservados, como de Direito de Família, de Vizinhança e Societário) e a arbitragem (*heterocomposição*). Os três primeiros (negociação, conciliação e mediação) são métodos *autocompositivos* que podem levar a uma transação (concessões mútuas – CC, art. 840) ou a uma submissão (que em juízo é considerada renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido).

Ada Pellegrini Grinover há muito já observara, porém, que a mediação *clássica* difere-se, em alguns aspectos, da mediação *paraprocessual* (que, apesar da filigrana semântica, equipara-se à mediação *processual* aqui estudada, ao menos para os propósitos desse artigo), pois esta última preocupa-se muito mais com a formalização do acordo, enquanto aquela volta-se preponderantemente à pacificação da controvérsia.²⁹ Assim, enquanto na mediação pré-processual o acordo é mera consequência da pacificação, na mediação processual ocorre o contrário, visto que o seu objetivo central é a obtenção do acordo, vindo a pacificação do conflito apenas em segundo plano.

É curial observar que, nas mediações de que participam advogados, estes estariam muito mais preocupados com a obtenção de um acordo formal do que com a pacificação material do conflito, por questões óbvias.

Tecendo críticas ao excesso de “institucionalização” com que o Estado tem aparelhado o procedimento de mediação e alertando para o risco de que o protagonismo das partes envolvidas seja abafado por um excesso de regras e ritos estatais a serem obrigatoriamente cumpridos, Humberto Dalla relata ilustrativamente que, nos Estados Unidos, a participação pessoal dos interessados em sessões de mediação vem sendo ofuscada pela atuação dos seus advogados, *verbis*:

“Os advogados atualmente dominam as discussões nas sessões de mediação e, em muitas ocasiões, selecionam colegas como mediadores. Os selecionados, muitas vezes, não estão preocupados em gastar tempo com sessões conjuntas. Ao contrário, rapidamente procuram separar as partes e estabelecem um canal solo de comunicação e negociação, escolhendo as informações que serão repassadas e que, segundo eles, facilitarão o acordo”³⁰.

29 “Parece, entretanto, que a mediação paraprocessual apresenta duas facetas: sendo seus objetivos resolver o conflito e conseguir o acordo, a mediação clássica, que não se volta precipuamente ao processo, dá ênfase à solução do conflito, sendo o acordo apenas o seu apêndice natural, podendo vir, ou não; enquanto a mediação voltada para o processo dá ênfase sobretudo à obtenção do acordo, porque tem o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados. Observe-se, ainda, que na mediação paraprocessual, acima descrita, o mediador não deve permanecer exclusivamente no campo do esclarecimento das causas do conflito, evitando a formulação de uma proposta de acordo. Ao contrário, é conveniente que o mediador sugira aos contendores a solução, dando-lhe roupagem jurídica. Assim sendo, pode-se afirmar que, na mediação voltada para o processo, o mediador deverá ser ao mesmo tempo um conciliador” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Mediação paraprocessual”. In: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo (org). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 97).

30 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017, p. 121.

Essa preocupação, já verificada nos EUA, serve de exemplo para que a comunidade jurídica brasileira também tome os devidos cuidados com esse “excesso de institucionalização” que a OAB pretende imprimir ao procedimento pré-processual de autocomposição a cargo dos CEJUSC’s.

A própria obrigatoriedade de audiência de autocomposição foi mitigada pelo CPC/2015, a fim de que a mediação e a conciliação não sejam vistas de modo inflexível como um fim em si mesmas, até porque para cada tipo de controvérsia há uma modalidade de solução mais adequada, não se podendo excluir, de antemão, as vias adjudicatórias, como a arbitragem e a própria jurisdição estatal.³¹

Há, porém, quem concorde com a tese defendida pela OAB. A magistrada trabalhista Doroteia Mota, por exemplo, sustenta que a dispensa de advogado nas mediações em geral poderia comprometer o princípio da “decisão informada”, ao asseverar, *verbis*:

“Há, ainda, o Princípio da Decisão Informada, que rege as mediações em geral, segundo o qual, ao final da mediação, as partes irão tomar uma decisão, pelo acordo ou não (o acordo não é obrigatório), devendo estar cientes de todas questões envolvendo o conflito quando decidir, inclusive legais. Como poderiam fazê-lo, sem o advogado a orientá-las?”³²

Todavia, discordamos com a devida vênia desse respeitável entendimento, pois o princípio da “decisão informada” não pode ser confundido com a exigência corporativa de que advogados sejam os protagonistas da cena consensual. O próprio Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010 define, em seu art. 1º, II, que aquele princípio consiste no “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”³³, o que não exige, necessariamente, a presença de um advogado, visto que os conciliadores/mediadores que atuam nos CEJUSC’s, dada a formação específica³⁴ que deles é exigida, possuem plenas condições de prestar aquele tipo de informação às partes envolvidas.

Na esteira do caminho trilhado pelo CNJ por meio da multicitada Resolução, o art. 166 do CPC enaltece, em seu § 4º, a propósito, o princípio da autonomia da livre vontade das partes (a despeito, portanto, da opinião de seus advogados), ao estabelecer que “[A] mediação e a conciliação serão

31 Humberto Pinho e Pedro Queiroz ensinam que, mesmo nos procedimentos extrajudiciais, há, de um lado, meios *consensuais* (conciliação e mediação), e, de outro, meios *adjudicatórios*, como a arbitragem e os *dispute boards*. Os autores afirmam, ainda, que o termo *jurisdição* (CPC, art. 3º) é amplo e contempla outras formas de solução de conflitos, mesmo que adotadas fora do Judiciário (PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. “As Garantias Fundamentais do Processo e o Instituto da Mediação Judicial: Pontos de Tensão e de Acomodação”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, ano 3, 2017, n. 5, p. 903-904. Em outra obra, considerada mesmo de referência no tema, Humberto Dalla PINHO também enaltece o respeito que o NCPC positivou em relação à autonomia das partes, ao, entre outras disposições, expressamente franquear ao autor que opte pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 319, VII, do CPC. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei nº 13.140/2015”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 12, n. 46., jul./set. 2015, p. 130.

32 MOTA, Doroteia Silva de Azevedo. “O advogado na mediação e no Cejusc”. Artigo publicado na Revista Virtual **Consultor Jurídico** (CONJUR) em 08/04/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/advogado-mediacao-cejusc>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

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

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;” (Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010). Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 15 jun. 2020).

34 Além do requisito de mera capacidade civil exigido dos mediadores que atuem fora dos CEJUSC’s (“mediadores extrajudiciais”), o art. 11 da Lei nº 13.140/2015 exige que o “mediador judicial” seja “pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido **capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais**, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça” (grifou-se).

regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”³⁵.

Daí se infere, por conseguinte, que a liberdade das partes não deve ser tolhida pelo interesse jurídico de seus eventuais patronos, até porque muitos destes se mostram mais preocupados com a roupagem jurídica do acordo do que com a pacificação definitiva da controvérsia de fundo. Não é por acaso, aliás, que a conciliação esteja umbilicalmente atrelada, em suas origens, às causas de menor monta e complexidade, como bem observa a Ministra Eliana Calmon, ao relacioná-las aos juizados especiais,³⁶ onde a presença do advogado é dispensada pela lei, quando a demanda não exceder vinte salários mínimos, como já visto.

5. Seria lícito ao Supremo exigir dos transatores a contratação de advogado quando a lei assim não obriga?

Desde o ano de 2010, quando editada a multirreferida Resolução CNJ nº 125, as autocomposições pré-processuais vêm sendo realizadas sem a obrigatoriedade de participação de advogados, desde que nenhuma das partes esteja assistida por causídico ou defensor público, na forma do que faculta o art. 10 da Lei de Mediação.

Agora, dez anos após milhares de acordos realizados nos CEJUSC's sem a presença de advogado, não seria reverente à segurança jurídica que o Supremo criasse, a partir de decisão judicial, uma reserva de mercado em favor da advocacia privada, por melhores que fossem as suas intenções.

A segurança jurídica está muito atrelada ao sistema capitalista,³⁷ pois os agentes econômicos de mercado precisam de calculabilidade e de previsibilidade para firmar contratos e desenvolver seus empreendimentos. Mas isso não significa que mesmo as pessoas naturais possam abrir mão de um mínimo de certeza jurídica sobre os atos da vida civil que podem ou não praticar à luz do direito posto.

Uma decisão judicial que afaste previsão legal dispensatória da presença de advogado certamente causará surpresa e instabilidade jurídica, com as consequências daí decorrentes, das quais se destaca, por exemplo, o agravamento do já elevado “custo Brasil”, a onerar desnecessariamente as despesas de produção e circulação de bens e serviços no território nacional, prejudicando a competitividade, diminuindo empregos, enfraquecendo empresas e afastando investimentos.

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

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

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

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

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

36 “A conciliação está geneticamente ligada aos juizados especiais, não se podendo fazer jurisdição efetiva em causas cíveis de menor complexidade sem programas de conciliação que, de fato, acelerem a prestação jurisdicional e ponham fim à lide por meio da pacificação decorrente do acordo entre as partes” (CALMON, Eliana. “Conciliação Judicial na Justiça Federal”. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109).

37 O sociólogo alemão Max Weber já havia percebido, no início do século passado, a íntima relação existente entre a segurança jurídica e a classe burguesa, uma vez que esta, enquanto produtora de bens e serviços, precisa de um sistema jurídico suficientemente previsível, *verbis*: “Naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, sem arbítrio administrativo irracional nem perturbações irracionais de privilégios concretos: um direito que, acima de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas essas qualidades, funcione de modo calculável” WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 123.

Há na lei limites semânticos que funcionam como obstáculos a interpretações que esvaziem uma prerrogativa legal, tal como a estabelecida em favor das partes no art. 10 da Lei de Mediação, que lhes faculta a assistência de advogados, obviamente não a impondo, a menos que uma já esteja assistida por profissional da advocacia.

Uma decisão fundada exclusivamente no “princípio” da indispensabilidade do advogado à administração da justiça, tal como previsto genericamente no art. 133 da Constituição, padeceria de fundamentação vaga e imprecisa, cujo teor comprometeria a objetividade que se espera de um pronunciamento pautado no ordenamento estabelecido *a priori*, e não criado subjetivamente pelo órgão julgador.

Críticas abundam ao ativismo judicial. O presente trabalho delas, porém, não poderá tratar com a atenção que o tema merece, sob pena de desvirtuar seu foco.³⁸ Ressalta-se por ora, apenas, que o tão em voga panprincipiologismo vulgar e de resultados utilitaristas não deveria servir de pretexto para a inobservância de preceitos legais expressos, em especial os protetivos de prerrogativas processuais.

Inclui-se nessas prerrogativas, para o estreito escopo do presente artigo, o direito de qualquer pessoa capaz de submeter-se a mediações pré-processuais realizadas nos CEJUSC’s, sem a necessidade de estar acompanhada de advogado ou defensor público, pois a lei assim autoriza, independentemente da posição institucional adotada pela OAB quanto ao tema, na qualidade de entidade corporativa de classe a congregar os profissionais da advocacia.

Esclareça-se, por fim, que a posição do CNJ, impugnada pela OAB, tampouco implica violação ao que os garantistas denominam de “processo justo”, pois não está em questão a plena realização dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais da pessoa,³⁹ senão apenas a possibilidade de se solucionar, pelas próprias partes, uma controvérsia de modo consensualmente adequado, sem acréscimo de ônus desnecessários nem excesso de institucionalização. Trata-se de devolver aos titulares do direito discutido o protagonismo do qual eles haviam sido privados pela cultura litigiosa que se instalou no país sob o filtro da advocacia indispensável e do monopólio da jurisdição estatal e contenciosa, com sua perspectiva formalmente binária e excludente de outras possibilidades menos burocráticas de resolução de conflitos.

Não se pode admitir a criação, pela via judicial, de exigências não previstas em lei, sob pena de subversão não só ao “princípio constitucional da legalidade”⁴⁰, mas também de desprezo à segurança

38 Destaca-se recente crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *verbis*: “Na verdade, uma Constituição aberta a princípios é porta aberta para o arbítrio judicial. Os princípios são, por definição de ampla abrangência, têm o mais das vezes a vantagem de que todos os conhecem e são a eles favoráveis. Assim sendo, servem para justificação para as mais variadas e contraditórias decisões subjetivas – cada um os interpreta como quer e nunca está errado – e com a peculiaridade de que, sendo conhecidos por todos, não é preciso sequer demonstrar porque a decisão se fundamenta num deles, fica assim dispensada a motivação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O governo dos juízes: o controle de constitucionalidade sem limites”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **JOTA** em 04.05.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-governo-dos-juizes-04052020>>. Acesso em 08.05.2020>. Não à toa, dada sua natureza intermédia entre norma positivada e mandamento suprallegal, Luís Roberto Barroso considera os princípios como “a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 238. Já Adilson de Abreu Dallari, ao tratar da hipertrofia dos órgãos judiciários, advertia, antes da criação do CNJ, para o risco de violação à Separação dos Poderes que uma Justiça sem qualquer controle externo poderia gerar, *verbis*: “O objetivo fundamental da chamada teoria da separação de Poderes, ou, mais exatamente, da especificação das funções de cada Poder, é exatamente evitar o absolutismo, o exercício do Poder Público em termos absolutos, sem qualquer limitação.” DALLARI, Adilson Abreu. “Controle Compartilhado da Administração da Justiça”. **Revista Brasileira de Direito Público**, RBDP, 07. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2004, p. 15.

39 “*In generale, il processo giusto incorpora la tecnica processuale istituzionalmente più idonea a garantire e a realizzare appieno i contenuti essenziali dei diritti fondamentali della persona*” COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 401.

40 Segundo o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

jurídica e à própria noção de Estado de Direito, por representar deliberada inobservância a regras legais que, atribuindo prerrogativas processuais às partes em litígio, densificam a cláusula constitucional do devido processo legal. Em suma, as partes não podem ser compelidas a contratar um advogado nos casos em que a lei assim não exige.

6. Conclusão

Procuramos defender ao longo deste trabalho um conceito democrático de justiça, acessível a todos, incluídos os que não dispõem de condições para contratar um advogado e nem conseguem ser patrocinados pelas Defensorias Públicas, sobretudo em conflitos que ostentem baixa complexidade técnica e montante econômico pouco expressivo.

Mas a tese aqui defendida não se limita a apontar os aspectos econômicos e burocráticos que costumam servir de entraves ao acesso à justiça, senão também sustentar o restabelecimento de um protagonismo que a jurisdição estatal havia transferido dos titulares das relações jurídicas para os seus representantes judiciais, vale dizer, aos advogados, cujo monopólio legal se fundamenta no Estatuto da OAB.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6324, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), impugna o conteúdo do art. 11 da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a presença facultativa de advogados e defensores públicos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's).

A tese sustentada pela OAB, todavia, desconsidera a diferença de tratamento que a Lei de Mediação reserva às mediações judiciais, de um lado, e às extrajudiciais, de outro. A tese se aproveita da redação um tanto incompleta do *caput* do art. 26 da Lei de Mediação, que, voltando-se a disciplinar a “mediação judicial”, acaba por tratar tanto da mediação *processual* quanto da mediação *pré-processual*. A OAB ignora o fato de que os CEJUSC's podem também realizar mediações *pré-processuais*, embora contem apenas com mediadores *judiciais*.

A OAB busca, portanto, equiparar os adjetivos “judicial” e “processual”, como se fossem sinônimos. Mas se esquece de que, apesar de toda mediação processual ser judicial, nem toda autocomposição realizada nos CEJUSC's é processual.

Enfim, diante das razões até aqui articuladas e das manifestações que o CNJ já externou sobre o tema, projeta-se um prognóstico no sentido de que o Supremo julgue improcedente a ação e reconheça que os CEJUSC's são órgãos judiciais cujas mediações, porém, nem sempre são de natureza *processual*, já que as mediações *pré-processuais* ali realizadas não exigem a presença de advogado, na forma explicitada pelo art. 11 da Resolução CNJ nº 125/2010, por não se originarem estas últimas de processo judicial já instaurado.

Em suma, se havia necessidade de advogado no processo judicial já instaurado, tal necessidade persiste na mediação que nele se sucede, pois se trata de mediação *processual*. Do contrário, não haverá necessidade de advogado na mediação, seja porque esta não decorreu de processo judicial já instaurado (mediação *pré-processual*), seja porque o processo judicial donde se originou não exigia a presença obrigatória de advogado (causas de juizados especiais cujo valor não exceda vinte salários mínimos, p.e., situação em que, mesmo se tratando de mediação *processual*, não haverá necessidade da presença de advogado). E, em qualquer hipótese, se uma das partes estiver assistida, a outra deverá também se fazer representada por profissional da advocacia.

7. Referências Bibliográficas:

ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: court proceedings, arbitration and mediation*. Londres: Springer, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALMON, Eliana. “Conciliação Judicial na Justiça Federal”. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. “Controle Compartilhado da Administração da Justiça”. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 07. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2004.

FARIA, José Eduardo. “O Supremo e o labor hermenêutico”. Artigo publicado no **JOTA** em 16/01/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-e-o-labor-hermeneutico-16012020>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O governo dos juízes: o controle de constitucionalidade sem limites”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **JOTA** em 04.05.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-governo-dos-juizes-04052020>>. Acesso em: 08 maio 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Mediação paraprocessual”. In: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo (org). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

MOTA, Doroteia Silva de Azevedo. “O advogado na mediação e no Cejusc”. Artigo publicado na Revista Virtual **Consultor Jurídico** (CONJUR) em 08/04/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/advogado-mediacao-cejusc>>. Acesso em 13 jun. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. “As Garantias Fundamentais do Processo e o Instituto da Mediação Judicial: Pontos de Tensão e de Acomodação”. **Revista Jurídica Luso-**

Brasileira - RJLB, ano 3, 2017, n. 5, p. 903-904.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017.

_____. "O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei nº 13.140/2015". **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 12, n. 46., jul./set. 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 123.



PERTINENCIA DE LA FORMACIÓN A LOS CAPACITADORES ELECTORALES EN MATERIA DE LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA GENERAR DE FORMA CREATIVA SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS ELECTORALES

**Jéssica Marisol Vera
Eni Valdes-Espinosa**

1. Introducción

En los últimos 30 años, un mayor número de países ha empleado elecciones para determinar la voluntad de su gente y formar gobiernos representativos y democráticos. Algunos actores internacionales, incluida la Asamblea General de las Naciones Unidas, acogió con beneplácito esto por contribuir a la paz y la estabilidad nacional y, por ende, internacionales. Al mismo tiempo, esta tendencia positiva trae ciertos desafíos. Estos incluyen escenarios donde una circunscripción política importante no acepta el resultado del proceso electoral.

En este sentido aparecen nuevas estrategias de prevención de este tipo de conflictos que generan crisis electorales, El objetivo de estas estrategias es promover los votos aceptados y generalmente pacíficos e integra enfoques, prácticas y mecanismos para resolver conflictos entre candidatos y

partidos en la maquinaria electoral en sí (CICIE, 2015).

Aunque todavía es relativamente poco común, estos eventos a menudo tienen consecuencias significativas. Las crisis electorales tienen el potencial de causar un daño significativo a la economía nacional, y medios de vida individuales; resultar en violencia significativa, desplazamiento y pérdida de propiedad; y en el peor de los casos conducir a una guerra civil o la fragmentación del estado a lo largo líneas étnicas o políticas. Las crisis electorales pueden ser más probables en entornos de transición y en países con líneas de falla basadas en identidad profunda o una historia marcada por disturbios y conflicto (Kane & Hayson, 2016).

En estas situaciones, se puede recurrir al mediador no solo para facilitar las conversaciones sino también para crear espacios de prevención y capacitación.

2. Capacitadores electorales

El siglo XXI, de manera particular en esta segunda década, se ha visto el declive de la confianza ciudadana en los actores políticos. La realidad actual ha generado un caldo de cultivo de apatía política y hartazgo ciudadano, pues se han presentado casos de corrupción sin precedentes que parecen haber tenido un efecto corrosivo en las democracias latinoamericanas y por supuesto en el sistema político mexicano.

Por lo que es importante hablar de la capacitación de las estructuras como algo vital para fomentar el aprendizaje continuo, la actualización profesional y la efectividad de cada integrante en los cargos que ocupa tanto dentro del partido como también los que pudiese obtener en la Administración o en el seguimiento de elecciones. Sin embargo, esta capacitación de las estructuras partidarias no debe sujetarse solo al período electoral, sino que debe darse también durante la gestión de un gobierno de manera preventiva a los conflictos que se puedan suscitar. Pues, en efecto, como lo menciona Thompson (2012). La participación política reclama el ejercicio de derechos antes, durante y después de un proceso electoral específico. Estos derechos se encuentran resguardados por los ordenamientos jurídicos y el eje de formación política está incorporado en ellos, y adquiere cada vez mayor relevancia (Chacon, 2018).

Por lo que es importante hablar de la importancia de incluir dentro de los presupuestos de los partidos capacitaciones que permitan a sus miembros y participantes del proceso electoral emplear medidas preventivas y modelos de mediación en crisis electorales. En años de elecciones federales, los partidos reciben financiamiento adicional para gastos de campaña, el cual equivale a otro tanto similar al que reciben cada año para actividades ordinarias permanentes. Además, los partidos reciben apoyos para actividades específicas de educación y capacitación política, también para producir programas de radio y televisión (Aparicio, 2006).

Por lo tanto, si es considerado el monto total del financiamiento público que se dedica a los procesos electorales federales en su conjunto resulta que la democracia mexicana es de las más costosas del mundo. De acuerdo con el estudio hecho por Valdez y Huerta (2018) tan sólo en el año 2017, un año no electoral, se aprobó por la Cámara de Diputados un presupuesto de 10 mil 932 millones 449 mil 787 pesos, de los cuales 4 mil 138 millones de pesos está destinado a financiar a los nueve partidos políticos.

En la siguiente tabla se muestra el presupuesto asignado a los partidos políticos en el año de 2017 de acuerdo a datos de

Presupuesto asignado a los partidos políticos

	Actividades ordinarias permanentes	Educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, y tareas editoriales	Franquicias postales	Franquicias telegráficas	Total por partido
Partido Acción Nacional	\$759,442,113	\$22,783,264	\$8,757,743	\$77,055	\$791,060,175
Partido Revolucionario Institucional	\$1,004,337,987	\$30,130,140	\$8,757,743	\$77,055	\$1,043,302,925
Partido de la Revolución Democrática	\$455,159,108	\$13,654,773	\$8,757,743	\$77,055	\$477,648,679
Partido del Trabajo	\$217,254,999	\$6,517,650	\$8,757,743	\$77,055	\$232,607,447
Partido Verde Ecologista de México	\$338,022,381	\$10,140,671	\$8,757,743	\$77,055	\$356,997,830
Movimiento Ciudadano	\$313,331,759	\$9,399,953	\$8,757,743	\$77,055	\$331,566,510
Nueva Alianza	\$242,637,017	\$7,279,110	\$8,757,743	\$77,055	\$258,750,925
Morena	\$380,596,946	\$11,417,908	\$8,757,743	\$77,055	\$400,849,652
Encuentro Social	\$230,202,064	\$6,906,062	\$8,757,743	\$77,055	\$245,942,944
	\$3,940,984,374	\$118,229,531	\$78,819,687	\$693,495	\$4,138,727,087

Fuente: Valdez y Huerta, 2018.

Como respuesta a estos cuestionamientos, se podría pensar que más que un gasto el presupuesto destinado a los procesos electores, representa una inversión orientado a afianzar el proceso de cambio y democratización en México, así como institucionalizar y fortalecer el sistema de partidos políticos, motivando una mayor participación ciudadana y reducir el abstencionismo (Valdez & Huerta, 2018).

3. Conflictos en periodos de elección

Las brazas de una crisis electoral suele ser un supuesto defecto en el proceso electoral, generalmente relacionado con reclamos de manipulación sistemática de preparaciones electorales, generalizado fraude el día de la elección, o serias irregularidades en el conteo de resultados (Kane & Hayson, 2016). Puede agravarse por una supuesta falta de confianza en la imparcialidad de la elección comisión y probabilidad de que haya un manejo transparente e independiente de quejas de fraude y otras malversaciones.

Los conflictos relacionados con las elecciones pueden tener lugar durante todos los puntos críticos del ciclo electoral, aunque los momentos más volátiles propensos a conflictos son durante la elección y las fases postelectorales. Mientras que los períodos preelectorales son en gran medida sin problemas, hay una tendencia notable en el proceso de las elecciones Las disputas se intensifican en el período postelectoral.

Estas disputas electorales (incluyendo no aceptación de los resultados electorales) a menudo van acompañados de violencia, que socava los esfuerzos regionales y continentales para lograr la paz y la prosperidad. La violencia a menudo tiene lugar en el contexto de personas débiles o inexistentes mecanismos de gestión de conflictos (Shale & Gerege, 2017).

La mediación electoral es, por lo tanto, un mecanismo para tratar disputas relacionadas con las elecciones durante El ciclo electoral. Con base en esto, afirmamos que contrario a lo convencional En la práctica, la mediación de las disputas electorales no es exclusiva de partidos políticos u organismos estatutarios, pero también deberían involucrar a una sociedad civil más amplia. Eso debe ser un esfuerzo de colaboración entre los organismos de gestión electoral, partidos políticos y todos los demás interesados con las habilidades para contribuir a la mitigación del conflicto (UNPD, 2009).

El desafío que enfrenta el mediador cuando se enfrenta a tales crisis es más matizado que simplemente determinar si el fraude se cometió de hecho. Más bien es tratar de distinguir entre elecciones que tuvieron fraude u otra mala conducta (no es raro en países con instituciones débiles o en entornos posteriores a conflictos) y fraudulentos elección con credibilidad limitada o nula. El primero admite la posibilidad de abordar irregularidades electorales a través de remedios técnicos mientras que el segundo no (Shale & Gerenge, 2017).

En el caso de México el largo proceso de transformación de las instituciones políticas electorales tenía entre sus objetivos implícitos reducir el número y la importancia de conflictos derivados de elecciones y hacerlas confiables; ello aseguraría la gobernabilidad, pero, además, la confianza general en las instituciones de la democracia. En caso de disconformidad con los resultados, los mecanismos legales aprobados permitirían tomar decisiones que no dejarían ninguna duda sobre la validez de esos desenlaces; no obstante, se han presentado cuestionamientos de todo tipo a los procesos y a los resultados y, en algunos casos, se llegó a enfrentamientos violentos, con consecuencias de muertos y heridos (Nassif, 2007).

En México es común escuchar del conflicto en los momentos de elecciones y post elecciones, se escucha hablar incluso de violencia política. Por lo que es importante la búsqueda de distintos mecanismos alternos para la solución de conflictos en materia electoral, a continuación, se presentan estos mecanismos y su forma de emplearlos, así como la importancia de la capacitación.

4. MSC como alternativa para solucionar los conflictos electorales

Los MSC se han posicionado en la actualidad como un espacio para poder atender diversas circunstancias que las partes en su momento no encontraron una alternativa acorde para poder resolver su conflictiva. Esta alternativa pacífica ha venido a despresurizar al sistema de justicia y al litigio, sin embargo, los MSC tienen muchos otros beneficios que se han venido estudiando a través del tiempo. Dentro de los MSC encontramos mediación, arbitraje, negociación y conciliación, cada uno de ellos desde su lógica y metodología científica y jurídica aportan a la cultura de la paz. Si bien en México, los MSC se posicionan a partir de 1994 en la constitución de 1917¹ se le conminaba al juez a conciliar entre las partes. Como ya mencionamos los beneficios son múltiples (Hernandez, G. Cabello, P. , 2017), uno de estos beneficios que nos brindan los MSC es la paz la cual ha sido definida de muchas maneras. Pérez & Gardey (2013) plantean que visto como un estado positivo es un estado de tranquilidad y quietud y visto desde un sentido negativo es la ausencia de guerra.

Hace años se consideraba que la paz social era el fin último de las leyes (Arango Durling, 2007), hoy en día va más allá de un fin, se entiende como un elemento sine qua non de aquellos sistemas judiciales modernos.

Es por ello por lo que consideramos que la paz requiere de una participación de la sociedad, de acciones de paz que busquen la justicia y la equidad de propuestas de paz que cuiden los intereses de las personas que están en conflicto, basándose en la sensibilidad, la pasión, la conciencia, la paciencia y la bondad. Lo anterior se puede lograr mediante el uso de los MSC puesto que estos fomentan que sea la sociedad quienes participen directamente en la solución de sus propios conflictos. Se busca que, mediante la mediación, la negociación, la conciliación y el arbitraje se puedan prevenir,

¹ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos

solucionar los conflictos, así como también se logre una ciudadanía de la justicia.

Miembros del claustro académico del doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, trabajan hacia los MSC como herramientas de paz, mencionaremos algunos de ellos a continuación:

El Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez (2011) plantea que los MSC como herramientas de paz son el camino para tener una cultura de la no violencia y la solución de conflictos. Considera que los MSC representan para la paz el soporte legal. La misión de los MSC es desarrollar esquemas de justicia y paz en cualquier tipo de conflictos. Su finalidad es lograr que las partes descubran maneras de autocomposición apoyada en sus intereses y necesidades.

Gorjón plantea tres puntos de intersección entre la paz y los MSC en donde ambos operan en una misma dirección:

1. La promoción del arreglo pacífico de los conflictos, el respeto y el entendimiento mutuo y la cooperación internacional.

2. La posibilidad en que todas las personas en todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consensos y la solución pacífica de conflictos, a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

3. Desarrolla competencias para que la sociedad acceda a una vida más justa conforme a la Declaración sobre una Cultura de Paz de las Naciones Unidas, así como a los principios y directrices de las cátedras UNESCO a través del conocimiento, la investigación, la docencia y la cooperación.

El autor considera que la mejor manera para que perduren las acciones de paz es mediante la educación multidimensional asociada a los MSC y menciona tres grupos de medidas para lograrlo:

1. Promoviendo y reforzando las actividades de educación, la capacitación para promover el diálogo, el consenso y la solución de conflictos.

2. Reforzando las actividades en marcha de las entidades pertinentes del sistema de las naciones unidas que tienen como finalidad capacitar y educar en la prevención de los conflictos y la gestión de la crisis, el arreglo pacífico de los conflictos y la solidificación de la paz.

3. Extender las iniciativas que favorecen la cultura de paz realizadas por instituciones mundiales de enseñanza superior, así como también el proyecto al programa de Universidades Gemelas y de Cátedra UNESCO.

Uno de los aportes que Dr. Gorjón (2017) ha realizado a los MSC es el desarrollo de la teoría de los Intangibles de los MSC, compuesto por 47 intangibles con la intención de promover que la sociedad conozca y entienda su aplicación. Los intangibles se centran en identificar el valor real y operativo de la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje siendo su principal actor el capital intelectual el cual se desagrega en el capital humano representado por los operadores de los MSC, el capital estructural representado por los administrativos que proporcionan la estabilidad y por el capital relacional siendo estos los receptores y los usuarios (Gorjón Gómez F. J., 2016).

El Dr. Paris Alejandro Cabello (2016) plantea que la mediación es un método alternativo para la transformación de los conflictos y una vía hacia la construcción de una cultura de paz. Es por ello por lo que la mediación es considerada una herramienta de paz que ayuda a crear un entorno pacífico, al propiciar la transformación de los conflictos en ideas, fomentando el diálogo, la empatía, la solidaridad, la no-violencia, la comprensión, la integración, la creatividad, la participación y el consenso, los cuales son elementos de carácter sine qua non de la paz.

Paris plantea que la mediación es una vía para alcanzar la paz por el hecho de ser transformadora de conflictos al trascender los objetivos de las partes en conflictos fijando otros objetivos. La cultura de

paz y la mediación comparten características básicas como el fomento de la tolerancia, la cooperación, la justicia, la empatía, la democracia, la solidaridad, el arreglo pacífico. la equidad, la participación de la sociedad, el arreglo pacífico de los conflictos (Cabello Tijerina, 2017).

El autor considera que los MSC fomentan que las partes tengan un rol activo, que hablen y se escuchen, que sean ellos mismos los protagonistas en el proceso. Los MSC al promover valores a lo largo del proceso, fomentan a su vez la construcción y el mantenimiento de la cultura de paz.

Para lograr que la sociedad sea la protagonista en el logro de la paz se requiere que sea ella misma la que desarrolle habilidades, aptitudes y capacidades para el manejo de conflictos, la formación de consensos y el dialogo. La mediación permite construir este cambio cultural y social basándose en una educación de conocimientos, de valores y de resolución de conflictos. Los MSC ayudan a construir sociedades con un desarrollo social, favorece el decremento de desigualdades sociales y económicas. Buscando establecer de esta manera una cultura de paz donde se respete la igualdad de género y los derechos humanos, así como que se promueva la participación y factores políticos, culturales y socio-estructurales (Cabello Tijerina, 2016).

Destacamos uno de los aportes realizados por Dr. Paris a los MSC, es la creación de la Teoría de la irenología de los MSC, en la cual plantea buscar una cultura de paz, estableciendo ejes rectores de actuación que busquen soluciones a la impetración de la justicia, que estudie el conflicto y su multidimensionalidad con la intención de brindar alternativas científicas buscando que se genere un cambio en las culturas violentas por culturas que sean más participativas, democráticas y pacíficas (Cabello Tijerina, 2015).

La Dra. Reyna Lizeth Vázquez Gutiérrez (2015) plantea como la mediación educativa es una herramienta de educación para la paz y cultura de paz. En donde familia, escuela y sociedad son los tres agentes que constituyen al ser social, la Dra. Vázquez plantea que la escuela cuenta con los elementos necesarios para la interiorización de habilidades, actitudes y comportamientos relacionados con la cultura de paz, con la intención de que la paz trascienda a través de los mismos alumnos hacia sus familias y a los grupos sociales a los que pertenecen.

La autora nos dice que la mediación educativa, suscita una impresión positiva al buscar una cohesión y pacificación social al trabajar directamente con los alumnos buscando generalizar conductas enmarcadas en la cultura de paz (Vazquez Gutierrez, 2017). Para entender lo anterior se apoya en lo que Fisas (2006) dice sobre cultura de paz, es decir, una superación, reducción o evitación de todo tipo de violencias, con la capacidad y habilidad para transformar los conflictos, como oportunidades creativas, de encuentro, comunicación, cambio, adaptación e intercambio.

Las naciones unidas (1998) definen la cultura de paz como un juego de valores, actitudes, modos de comportamiento y modos de vivir que rechazan la violencia y previenen los conflictos abordando sus causas de origen, solucionar problemas mediante el dialogo y la negociación entre individuos, grupos y naciones. Partiendo de lo anterior, es que la Dra. Vázquez plantea como estrategia de pacificación social el formar en valores, convirtiendo estos valores en formas de vida, donde se pueda convivir y solucionar conflictos en lo cotidiano mediante estrategias de pacificación.

Entendiendo lo anterior, damos cuenta como la mediación educativa permite que las acciones de la cultura de paz se interioricen y formalicen como acciones de formación personal e integral de los alumnos, además que facilitan el cumplimiento del paradigma. internacional de la educación para la paz, entendiendo esto como una perspectiva transversal y global (Vazquez Gutiérrez & Cabello Tijerina, 2018).

La autora define la mediación educativa como una estrategia de la contextualización de

la educación para la paz y una educación integral, una formación que engloba todo, compuesta por elementos individuales, recursos sociales, familiares, económicos y materiales. Con miras a formar futuros ciudadanos con habilidades sociales importantes que cuenten con herramientas comunicacionales para resolver sus conflictos de manera pacífica (Vázquez Gutierrez & García-Longoria Serrano, 2013).

El Dr. Gabriel de Jesús Gorjón Gómez (2015) plantea que la mediación comunitaria como un MSC es un recurso humano, el cual posibilita reconstruir el tejido social, como servicio público de corte universal en el cual tienen una participación los distintos sectores de determinado sitio geográfico, entendiendo que para que uno pueda ejercer su derecho el otro deberá cumplir con su deber, de ser así se logrará una conciencia social permitiendo un cambio de paradigma de cómo se perciben los conflictos comunitarios teniendo efecto en el ámbito intrapersonal social y político. Por lo tanto, la mediación comunitaria como Método de Solución de Conflictos se implementará para transformar las relaciones vecinales, fortaleciendo los derechos humanos y los deberes aludidos en el orden normativo nacional e internacional, cuidando la libertad, igualdad y dignidad humana. en el caso de que exista una falta de conciencia en cuanto al respeto de la libertad de la otra persona.

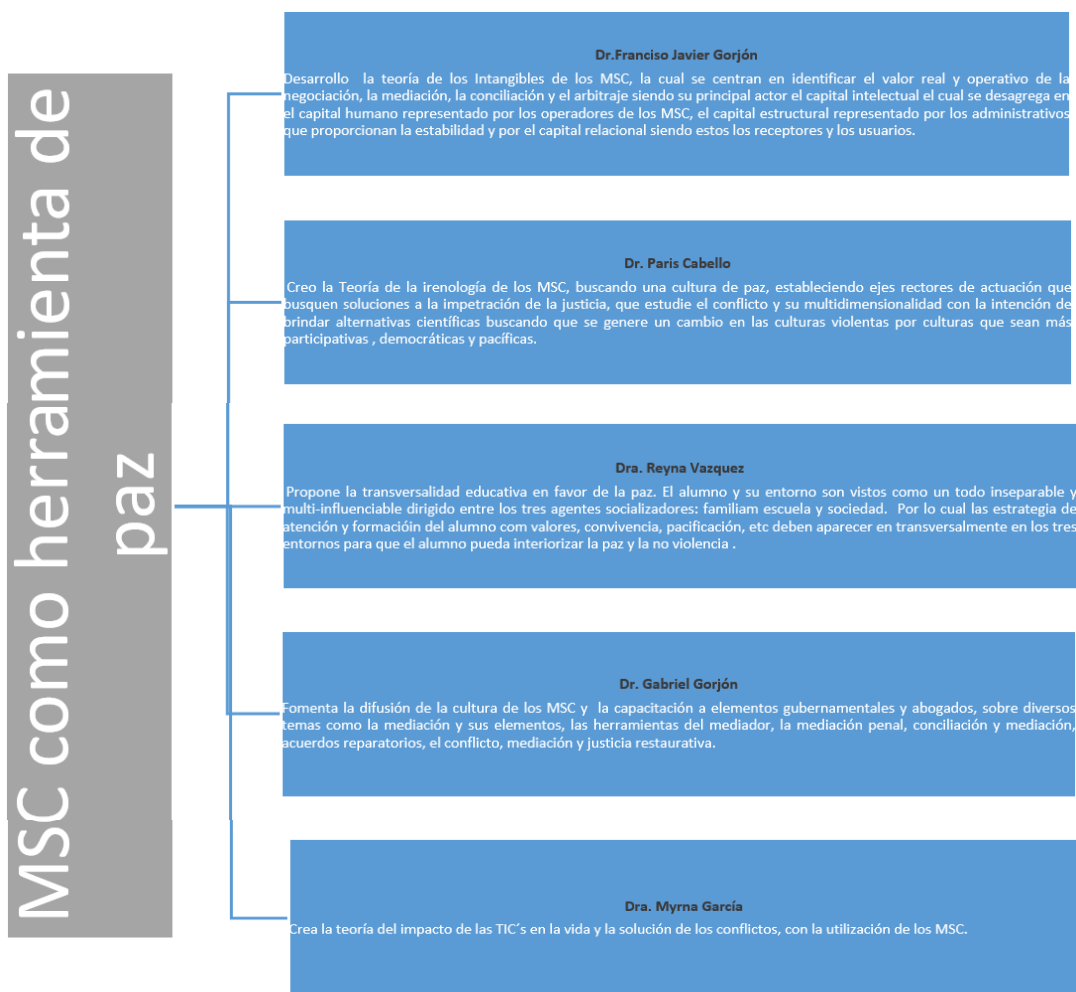
El Dr. Gabriel plantea que la mediación comunitaria es un recurso social que permite a los integrantes de una comunidad gestionar sus conflictos por ellos mismos, ayudados por un mediador comunitario quien a su vez es miembro de la misma comunidad, quien buscará ayudar resolver de manera amigable y sin hacer uso de la justicia ordinaria el conflicto. El mediador a su vez es un voluntario quien gratuitamente presta sus servicios de mediación a la comunidad a la cual pertenece. Deberá conducirse con criterios de equidad, responsabilidad social y garantía de los derechos humanos.

El autor menciona que la mediación es una herramienta del nuevo paradigma de la cultura de paz puesto que promueve el dialogo generando una sensación de justicia. Por lo tanto, la mediación comunitaria al buscar la prevención y la atención de aquellos conflictos barriales de manera armónica y promoviendo el respeto mutuo permiten que se fortalezcan los derechos humanos y de esta manera aspirar a alcanzar la paz.

Uno de los aportes que el Dr. Gabriel Gorjón ha realizado a los MSC, es la difusión de la cultura de estos, así como la capacitación a elementos gubernamentales y abogados, sobre diversos temas como la mediación y sus elementos, las herramientas del mediador, la mediación penal, conciliación y mediación, acuerdos reparatorios, el conflicto, mediación y justicia restaurativa (Gorjón Gómez G., 2015).

La Dra. Myrna Elia García Barrera (2015) plantea que las nuevas tecnologías de la Información y comunicación tales como las redes sociales, trae muchas ventajas para el ser humano, sin embargo, estas también presentan riesgos tales como el robo de identidad, fraude, cibercriminosos como el cyberbullying, sexting, sexcasting, sextorsión, grooming, cyberstalker, cyberstalking los cuales mediante un método alterno para la solución de conflictos en este caso la mediación como herramienta para la cultura de paz se pueden abordar estos conflictos de manera creativa y diferente a lo jurídico (García Barrera, 2018).

Uno de los aportes que podemos destacar realizado por la Dra. Myrna García es la creación de la teoría del impacto de las TIC's en la vida y la solución de los conflictos, con la utilización de los MSC (García Barrera, 2017).



Fuente: Elaboración propia

Por lo tanto, podemos decir que las características con las que cuentan los MSC: arbitraje, mediación, conciliación, negociación como herramientas de paz son que buscan estrategias pacíficas para la solución de los conflictos, cuenta con voluntariedad, promueven la comunicación y colaboración, son educativos y transformadores. Buscan desarrollar actitudes de interés y respeto por los demás, incrementar la capacidad de resolver los conflictos de manera no violenta, fomentando la capacidad para el diálogo, las habilidades comunicativas y la escucha activa. Por lo cual consideramos que los MSC son herramientas en pro de la paz.

Es entonces que los procesos electorales son de suma importancia para las sociedades democráticas como ocurre en nuestro país y que existan diferentes alternativas y medidas para atender su profesionalización, garantizar su efectividad así como facilitar que si se llegase a presentar un conflicto se pueda intervenir de forma pronta y Pacífica, es lo que los métodos de solución de conflictos, pueden aportar a el ámbito electoral, para el presente trabaja nos enfocaremos solamente a él capacitador electoral.

Para entender mejor como los MSC potenciarían a los capacitadores electorales, comencemos por reflexionar sobre el tema del conflicto, este se ha abordado desde distintos campos, haciendo un recorrido pertinente para este texto, partimos desde el psicoanálisis en donde el austriaco y neurólogo Sigismund Schlomo Freud (1981) plantea que la interacción de grupos sociales “consiste en un enfrentamiento por choque intencionado entre dos seres o grupos de la misma especie, que manifiestan los unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un hecho,

y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, eventualmente por el recurso de la violencia, la que puede, llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro”.

Dentro de la psicología la española Jaca Munduate (2006) considera que el conflicto aparece cuando dos personas tienen distintas percepciones respecto a un problema en particular y requieren uno del otro para solucionarlo. En el ámbito de la política el británico/alemán Ralf Gustav Dahrendorf (1990) sostiene que el conflicto es el motor principal del cambio social. En el campo del Derecho el panameño Ricaurte Soler Mendizábal (2002) plantea que el conflicto es una situación en la cual un grupo humano se encuentra en oposición a otro u otros grupos debido a que tienen o persiguen intereses incompatibles; se requiere de una discrepancia cargada de violencia como insultos, peleas, engaños, gritos y agresión.

Siendo pertinente la intervención de los especialistas en formación de MSC para que los capacitadores cuenten con una herramienta más de forma creativa para atender sus avatares dentro de los procesos electorales.

La mediación como uno de los métodos de solución de conflictos cuenta con sus propios principios y utiliza técnicas multidisciplinarias. El mediador es el profesional que ha recibido capacitación previa y específica en esta área, es un profesional de la solución de los conflictos, es decir, no es el quien decide o impone la solución, sino que ayuda a las partes a comunicarse para gestionar su conflicto (Gorjón Gómez F. J., 2019).

Así mismo, el mediador en el procedimiento de mediación promueve el dialogo abierto entre las partes, escucha atentamente la discusión centrada en los intereses, las preocupaciones y los problemas de los mediados con la intención de buscar soluciones creativas para arribar a un acuerdo mutuo. El mediador lleva a cabo sus funciones profesionales basado en su experiencia, practica, conocimientos, entrenamiento, inteligencia, técnicas, habilidades y cualidades con las que cuenta (Gorjón Gómez, Riera Adrover, & Campos Vidal, 2019).

Existe múltiples expertos que como los MSC arrojan beneficios de forma inmediata, uno de ellos es la cultura de paz actualmente se está promoviendo dentro de la SEP con la intención de sus asignaturas, a nivel básico, medio superior y superior. Por otro lado, en algunas escuelas de educación básica existen ejercicios sobre procesos electorales con la finalidad de promover y hacer cultura o promover en los niños y jóvenes la participación ciudadana.

Se puede considerar que estos mismos beneficios servirán para el capacitador electoral ya que es importante que se les pueda transmitir a los funcionarios la capacitación de los MSC, capacitación continua, actualizada, que genere de forma creativa soluciones a los conflictos electorales que estén en su espectro de intervención.

5. Soluciones creativas a los conflictos electorales

Para abordar el tema de las soluciones creativas habrá que abordar el tema de la creatividad. A inicios del siglo XIX la creatividad ya no fue considerada como una característica de aquellas personas superdotadas o exclusiva de los llamados genios (Limiñana Gras, 2008), por lo cual comenzó a ser abordada de una manera más dinámica por distintos estudiosos como Freud (1958), Winnicott, Vigotsky, Piaget, entre muchos otros.

Las aportaciones de Freud respecto al proceso creativo se pueden encontrar dispersas en algunos

de sus trabajos: La interpretación de los sueños (1900), El chiste y su relación con lo inconciente (1905), los dos principios del acaecer psíquico (1911), El creador literario y el fantaseo (1908). Freud plantea que la producción cultural, así como la creación de obras literarias surgen en el inconsciente del sujeto, originadas desde lo sexual reprimido, es decir, que cuando el ser humano tiene una pulsión que no logra ser satisfecha esta se reprime y es desplazada al inconciente, la sublimación toma este material reprimido transformándolo en material socialmente aceptable, trasladándolo al consciente el cual lo expresa mediante actividades creativas como las artísticas, culturales, literarias, etc.

Lo que Winnicott (1971), estudia respecto a la creatividad es la aparición, la construcción y la solidez de la experiencia de ser uno mismo, plenamente confiado, es decir, que el ser humano pueda crear, pero sobre todo que tenga la capacidad de vivir de manera creativa mediante experiencias de vida llenas de sentido mediante el juego y la cultura.

La noción de Vigotsky (1990), sobre la creatividad es que surge a partir de una compleja actividad mental sobrepasando el registro y reproducción de la información, considerando que el cerebro además de conservar y reproducir las experiencias pasadas de los seres humanos también combina, transforma y crea utilizando los elementos de las experiencias pasadas poniéndoselas a las nuevas experiencias y a las nuevas conductas. Es decir, la creatividad depende de las experiencias sociales que el ser humano va teniendo a lo largo de su vida, lo cual contribuye a la generación de nuevas maneras de adaptación.

Piaget (1962), entiende el desarrollo de la creatividad desde esquemas de conocimientos y en procesos de acomodación y asimilación. Rogers (1978) plantea que la mayor fuente de creatividad es la autorrealización, por lo cual la creatividad está relacionada con el desarrollo personal, social y emocional, es decir, que el acceso al pensamiento creativo en la vida adulta está ligado con el desarrollo personal, de autonomía y responsabilidad por parte de la persona que se autorrealiza.

Es así, como podemos entender que la creatividad le permite al ser humano mejorar su calidad de vida, haciendo su vida más productiva, aprendiendo a ser competente y original, por lo cual le permite encontrar respuestas a los problemas (Longoría Ramírez, Cantú Hinojosa, & Ruiz Sepúlveda, 2016).

Existen diferentes tipos de creatividad planteados por Espindola (1996) y Ribot (1901) como la plástica, fluente, filosófica, científica, inventiva, social, entre otras. Son 3 tipos de creatividad las que se pueden desarrollar en los capacitadores electorales desde una formación MSC:

1. Científica: enfocada al ingenio y al talento en la investigación de nuevos conocimientos. Utiliza las ocurrencias en cualquier fase del método, desde la elaboración de hipótesis hasta la generación de opciones para la solución.
2. Inventiva: las ideas, las teorías y los recursos se utilizan de manera talentosa.
3. Social: se da entre las relaciones humanas, buscando la convivencia pacífica entre los grupos sociales, tiene como objetivo la convivencia y el bienestar buscando lograr el bien común.

Por otro lado, el Dr. Gorjón (2017) plantea la existencia de la creatividad en la mediación como intangible, nos dice que para encontrar soluciones en el proceso de mediación se requiere de opciones las cuales surgen de la creatividad de las personas involucradas en el problema. Apoyando lo anterior, Alés (2011) considera que se pueden crear nuevas formas de solucionar problemas haciendo uso de la creatividad: “El espíritu de la creatividad es el deseo y el impulso de explorar, descubrir, de probar, de experimentar con formas diferentes de manejar y mirar las cosas”.

Sin embargo, no todas las personas cuentan con la habilidad creativa para pensar en diversas formas de solucionar un conflicto cuando se enfrentan a uno, por lo cual habrá que desarrollar la creatividad pertinente para cada profesión. En el ámbito MSC se requiere crear un ambiente que posibilite el surgimiento de soluciones a los conflictos, se requiere desarrollar la capacidad de la invención, utilizando el conocimiento previo de la situación y transformarlo para que las personas puedan ver la problemática desde un ángulo distinto, permitiéndoles crear formas distintas de solución a sus conflictos.

El capacitador electoral se puede beneficiar de lo que Ortiz (2007) plantea respecto a la creatividad profesional, sostiene que la creatividad individual es la habilidad que permite solucionar los problemas de manera individual y la creatividad colectiva, es la que favorece los círculos creativos al momento de trabajar en equipo o con un grupo de personas, teniendo como base una actitud abierta, espontánea, con objetivos comunes, autogestión de la acción, autocontrol, retroalimentación y transformación.

6. Conclusiones

La mediación de las crisis electorales es un campo relativamente poco estudiado. Historia reciente sugiere, sin embargo, que a medida que aumenta el número de países que celebran elecciones es aún más probable que ocurra una gran crisis política y de seguridad como resultado de una elección en algún lugar en el mundo anualmente. Las medidas de prevención y de capacitación que tomen los países para frenar los actos de violencia en épocas electorales ayudan a la promoción de las democracias en el mundo.

Una manera pacífica de llevar a cabo procesos de mediación en tiempos de campañas electorales son los métodos alternos de solución de conflictos en los que destacan la mediación educativa y comunitaria las cuales fueron mencionadas con anterioridad como lo señala Gorjón (2015) este tipo de mediación es un recurso social que permite a los integrantes de una comunidad gestionar sus conflictos por ellos mismos, ayudados por un mediador comunitario quien a su vez es miembro de la misma comunidad.

En el caso de la mediación educativa es vista como una estrategia de la contextualización de la educación para la paz y una educación integral, una formación que engloba todo. Compuesta por elementos individuales, recursos sociales, familiares, económicos y materiales (Vazquez Gutierrez, 2017).

Los MASC como herramientas para la construcción de herramientas para una cultura de paz, vienen a crear nuevos mecanismos de mediación en la resolución de conflictos electorales. Para encontrar soluciones a los conflictos electorales se requieren de opciones las cuales surgen de la creatividad, por lo cual la formación de capacitadores electorales para la prevención de conflicto conforma una estrategia que puede ayudar a garantizar una solución creativa e inmediata a los conflictos que prevenga la polarización del sistema político y la inestabilidad del Estado.

Sin embargo, la capacitación es más efectiva si todas las instituciones responsables del plan de seguridad electoral del programa de entrenamiento participan en conjunto; el entrenamiento debe llevarse a cabo en las etapas tempranas del proceso electoral para asegurar entrenamientos efectivos de reducción de conflictos (UNPD, 2009) .

Por otro lado, otro enfoque busca cerrar la brecha de comunicación entre ciudadanos y políticos Por lo que se busca la introducción de herramientas digitales que auxilien en el proceso electoral un

espacio oficial y que sea también parte de la sociedad civil en donde sea posible que los ciudadanos presenten preguntas y los políticos sean capaces de responder (Sousa & Agante , 2013). Por lo tanto, las herramientas de participación basadas en internet y redes sociales, son cada vez más importantes en las campañas electorales y si son utilizadas adecuadamente, tienen el potencial de contribuir significativamente a la mediación y prevención de conflictos electorales.

7. Referencias

Alés, J. (2011). La Creatividad en Mediación: El Modelo Magia y Mediación. *Revista Mediato No 0*, 26 - 32.

Aparicio, J. (2006). ¿Cómo se financian los partidos políticos en México? . *División de Estudios Políticos, CIDE*, 2-13 http://investigadores.cide.edu/aparicio/FinanPartidosMex_4.pdf.

Arango Durling, V. (2007). *Paz social y Cultura de Paz*. Panama: Panama Viejo.

Cabello Tijerina, P. A. (2015). La irenología como pilar de la ciencia de la mediación. En F. J. Gorjón Gómez, & J. Pesqueira, *La ciencia de la mediación* (págs. 119-135). México: Tirant lo Blanch.

Cabello Tijerina, P. A. (2016). La mediación como una estrategia de la cultura de paz. En F. P. Arellano Hernández, & P. A. Cabello Tijerina, *Retos y perspectivas de la paz en México*. México, México: Tirant lo Blanch.

Cabello Tijerina, P. A. (2016). La mediación policial como política pública de pacificación social. En P. A. Cabello Tijerina, *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación* (págs. 32-49). México: Tirant lo Blanch.

Cabello Tijerina, P. A. (2017). Elementos fundamentales de la cultura de paz. En P. A. Cabello Tijerina, S. E. Carmona Valdés, F. J. Gorjón Gómez, E. Iglesias Ortuño, K. A. Sáenz López, & R. L. Vázquez Gutiérrez, *Cultura de paz* (págs. 40-91). México: Patria.

Chacon, M. G. (2018). El financiamiento a capacitaciones electorales: de la voluntad política y otras carencias . *Derecho electoral* , 107-124 Num 27 file:///C:/Users/arv_8/Downloads/Dialnet-ElFinanciamientoACapacitacionesElectorales-6523757.pdf.

CICIE. (2015). Talleres internacionales sobre administración electoral. *Centro internacional de capacitación y investigación electoral* .

Dahrendorf , R. G. (1990). *El conflicto social moderno* . Madrid: Mondadori.

Espindola Castro, J. L. (1996). *Análisis de problemas y toma de decisiones* . México: Alambra Mexicana.

Fisas, V. (2006). *Cultura de paz y gestion de conflictos*. Barcelona: UNESCO.

- Freud, S. (1900). *La interpretación de los sueños Tomo IV*. Amorrortu editores.
- Freud, S. (1905). *El chiste y su relación con lo inconsciente Tomo VIII*. Amorrortu editores.
- Freud, S. (1908). *El creador literario y el fantaseo. Tomo IX*. Amorrortu editores.
- Freud, S. (1911). *Los dos principios del acaecer psíquico Tomo XII*. Amorrortu editores.
- Freud, S. (1958). *On creativity and the unconscious*. New York: Harper & Row.
- Freud, S. (1981). Psicología de las masas y análisis del Yo. En S. Freud, *Obras completas (4 ed.) Tomo III* (págs. 2563-2610). Madrid: Biblioteca Nueva.
- García Barrera, M. E. (2015). La mediación y los nuevos conflictos en las YIC's: Cyberbullying y sexting. En P. A. Cabello Tijerina, *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación* (págs. 110-128). México: Tirant lo Blanch.
- García Barrera, M. E. (2017). *Justicia Electrónica o Cyber justicia. El tribunal virtual y sus alcances en Nuevo León*. México: Acervo de la biblioteca jurídica virtual. UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2958/16.pdf>
- García Barrera, M. E. (2018). Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica. *IUS*, 12(41). Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100133
- Gorjón Gómez, G. (2015). La mediación comunitaria como alternativa para fortalecer los derechos humanos. En P. A. Cabello Tijerina, & J. Moreno Aragon, *Diversas miradas, un mismo sentir: comunicación, ciudadanía y paz como retos del siglo XXI*. Coahuila: Universidad Autónoma de Coahuila. doi:6074028427, 9786074028423
- Gorjón Gómez, F. J. (Julio de 2016). Mediación, ciencia social emergente. *Comunitania: International Journal of Social Work and Social Sciences*(12), 9-25. doi:<http://dx.doi.org/10.5944/comunitania.12.1>
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *Mediación, su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Gorjón Gómez, F. J. (29 de abril de 2019). Mediador y facilitador; El mediador profesional del acuerdo, el facilitador profesional del perdón. *Juris Poiesis*, 22(28), 229-252. Recuperado el 22 de junio de 2020
- Gorjón Gómez, F. J., & Sanchez Vázquez, R. (2011). Los MASC como herramientas de paz. En M. gonzalo Quiroga, F. J. Gorjón Gómez, & A. Sanchez García, *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de Paz y modernización de la justicia* (págs. 29-40). Madrid, España: DYKINSON.
- Gorjón Gómez, F. J., Riera Adrover, J. A., & Campos Vidal, J. F. (2019). Una perspectiva sobre la

- generación de confianza en España y Latinoamérica. *Revista de Mediación*, 12(2), 1-10. Recuperado el 21 de junio de 2020
- Gorjón Gómez, G. (2015). Mediación: El paradigma Jurídico del siglo XXI. En P. A. Cabello Tijerina, *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación* (págs. 72-85). México: Tirant lo Blanch.
- Hernandez, G. Cabello, P. . (2017). Tipologi de los beneficios de la mediacion . *Azarbe*, 115-127.
- Kane, S., & Hayson , N. (2016). Mediación en crisis electorales. *International IDEA*, 1-28.
- Limiñana Gras, R. M. (noviembre de 2008). Cuando crear es algo más que un juego: creatividad, fantasía e imaginación en los jóvenes. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*(35), 39-43.
- Longoría Ramírez, R., Cantú Hinojosa, I. L., & Ruiz Sepúlveda, J. D. (2016). *Pensamiento creativo*. México: Patria.
- Munduate Jaca, L. &. (2006). *Gestion del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Piramide.
- Nassif, A. A. (2007). El retorno del conflicto. Elecciones y polarización política en México. *Desacatos*.
- Ortiz Ocaña, A. L. (2007). La educación y el desarrollo de la creatividad: Un reto en la formación de profesionales .
- Pérez , J., & Gardey, A. (2013). *Definición de paz*. Obtenido de <https://definicion.de/paz/>
- Piaget, J. (1962). *Play, dreams and imagination in childhood*. New York: Morton.
- Ribot, T. (1901). *Ensayo sobre la imaginación creadora*. Madrid: Victoriano Sáez.
- Ricaurte, S. M. (2002). *El arbitraje, la conciliación y la mediación. Métodos alternos de solución de conflictos*. Panama: Universal Books.
- Rogers, C. (1978). *Hacia una teoría de la creatividad*. Madrid, Narcea: Th. Roberts (Ed).
- Shale, V., & Gerenge , R. (2017). Mediación Electoral en la Democracia de Republica de Congo. *Conflict trends*.
- Sousa, A., & Agante , P. (2013). Modelo de mediación digital para la participación pública directa en períodos electorales: ¿qué importancia tienen los medios? *conference paper* .
- Thompson, J. (2012). La labor educativa en el marco de las competencias de los organismos electorales en America Latina . *derecho electoral*, 10.unidas, A. g. (15 de enero de 1998). resolución adaptada por la asamblea general 52/13 Cultura de paz.

UNPD. (2009). Elecciones y prevencion de conflictos . *Bureau for Development Policy*.

Valdez , A., & Huerta , D. (2018). El financiamiento de los partidos políticos y la confianza ciudadana en México. *Intersticios sociales*, No. 15 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642018000100309&lng=es&nrm=iso.

Vázquez Gutierrez, R. L. (2015). Mediación educativa como instrumento de pacificación social. En P. A. Cabello Tijerina, *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación* (págs. 55-68). México: Tirant lo Blanch.

Vazquez Gutierrez, R. L. (2017). Contextualización de la educación para la paz en el ámbito universitario. En P. A. Cabello Tijerina, S. E. Carmona Valdés, F. J. Gorjón Gómez, E. Iglesias Ortuño, K. A. Sáenz López, & R. L. Vázquez Gutiérrez, *Cultura de paz* (págs. 92-111). México: Patria.

Vazquez Gutiérrez, R. L., & Cabello Tijerina, P. A. (2018). *Cultura y educación para la paz. Una perspectiva transversal*. México: tirant lo Blanch.

Vázquez Gutierrez, R. L., & García-Longoria Serrano, M. P. (enero de 2013). La mediación escolar y la habilidades sociales en los estudiantes de educación secundaria. Un estudio en institutos de la región de Murcia. *Comunitania*(5), 113-136.

Vigotsky, L. (1990). Imagination and creativity in the adolescent. *Soviet Psychology*, 84-96.

Winnicott, D. (1971). *Clínica Psicoanalítica infantil*. Bs.s: Paidós.



SOBRE OS COORDENADORES

AMANDA DE LIMA VIEIRA

Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Comissão de Estudo em Processo CEPROC - OAB/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do ICPC – Instituto Carioca de Processo Civil. Professora da UNESA. Advogada. Mediadora.

CARLO PILIA

Docente di diritto civile e tutele extragiudiziali, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Cagliari.

CESAR FELIPE CURY

Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Coordenador e Professor na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de solução de Conflitos/TJRJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Desembargador do TJRJ.

FABIANA MARION SPENGLER

Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq, Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDIHPP. E-mail: fabiana@unisc.br



QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES DOS ARTIGOS DO VOLUME III

AMANDA DE LIMA VIEIRA - Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Comissão de Estudo em Processo CEPROC - OAB/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do ICPC – Instituto Carioca de Processo Civil. Professora da UNESA. Advogada. Mediadora.

CARLO PILIA - Docente di diritto civile e tutele extragiudiziali, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Cagliari.

CESAR FELIPE CURY - Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Coordenador e Professor na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de solução de Conflitos/TJRJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Desembargador do TJRJ.

DENISON MELO DE AGUIAR - Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor Permanente da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFGM). Coordenador da Clínica de Mecanismo de soluções de conflitos (MARbiC-UEA). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816> Link do ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203> Contato: denisonaguiarx@hotmail.com.

ENI VALDES-ESPINOSA - Maestría en Educación Southern New Hampshire University, Maestría en Clínica Psicoanalítica Universidad Autónoma de Nuevo León, estudante de Doctorado de Métodos

Alternos de Solución de Conflictos, Profesora UANL, Psicoanalista, correo de contacto eni_valdes@hotmail.com ORCID ID 0000-0003-1483-5386

FABIANA MARION SPENGLER - Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq, Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDIHPP. E-mail: fabiana@unisc.br

FELIPE CLAIR DE SOUZA CORREA - Advogado e mestrando em Direito Processual pela UERJ.

FERNANDA BRAGANÇA - Doutoranda em Sociologia e Direito pela UFF com período de pesquisa na Université Paris I Panthéon - Sorbonne. Mestre e Bacharel em Direito pela UFRJ. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. Advogada.

FERNANDA PONTES PIMENTEL - Professora adjunta e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da UFF e mestre em Direito das Relações Econômicas e Contratuais pela Universidade Gama Filho.

FLÓRENCY REGINA RODRIGUES DE SANTANA - Advogada e mestranda em Direito Processual pela UERJ

GISELLE PICORELLI YACOB MARQUES - Professora do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Membro da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB/RJ.

GITA GOLDENBERG - Prof.^a de Psicanálise e Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Psicologia pela FGV, Psicanalista pela SPRJ (filiada à Internacional Psychoanalytic Association). Pesquisadora da FAPERJ, Perita, Assistente Técnica em Vara de Família e da Justiça de Infância e Juventude. Realizou Curso de Capacitação em Mediação de Conflitos no Tribunal do Rio de Janeiro pelo NUPEMEC, e conseqüentemente obteve o título de certificação de mediador judicial-CNJ. Trabalha como mediadora judicial voluntária no CEJUSC do Tribunal do Rio de Janeiro e principalmente como mediadora extrajudicial em ações de família na faculdade de direito e na clínica psicanalítica. Atualmente na vida acadêmica é autora e coordenadora do curso de extensão intitulado: “Direito e Psicanálise: com ênfase em casos judiciais complexos à luz dos novos paradigmas da lei” da Faculdade de Direito da UERJ, que tem um módulo dentre os demais intitulado “Acesso à Justiça e Mediação”. Autora do projeto de pesquisa intitulado: “Centro de Mediação na Faculdade de Direito da UERJ: o paradigma contemporâneo do acesso à justiça nas ações de família à luz da lei da mediação e do novo código de processo civil” registrado e aprovado na sr3- reitoria de extensão e cultura.

JEAN CARLOS DE ALBUQUERQUE GOMES - Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e advogado.

JÉSSICA MARISOL VERA – *Doctora por la Universidad Autónoma de Nuevo León, Doctorado en Filosofía con Acentuación em Ciencias Políticas, Profesora investigadora de la UANL, Correo de contacto: jessica.vera@gmail.com . ORCID ID 0000-0001-7229-5205

JOÃO GUILHERME ITABORAÍ PEÇANHA - Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

JORGE LUIS DA COSTA SILVA - Mestrando em Direito Processual pela UERJ. Advogado. E-mail: jldacostasilva@gmail.com

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR – Doutorando em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação pelo Justice Institute of British Columbia (Canadá). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: <jmarinho@mprj.mp.br>.

JULIANA LOSS DE ANDRADE - Doutoranda em Direito Privado pela Université Paris I Panthéon - Sorbonne, mestre em Direito Público e especialista em resolução de conflitos pela Universidade Carlos III de Madri. Especialista em Direito Público pela UFES. Presidente da Comissão de Mediação da OAB/RJ. Professora e Coordenadora Técnica da FGV. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. Sócia da Loss Andrade Solução de Conflitos.

JULIANA MACHADO NOBRE - Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

LARISSA FERNANDES DE CARVALHO - Bacharelada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Integrante das equipes de Mediação e de Negociação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) no ano letivo de 2020.

MAINI DORNELLES - Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II. Especialista em Direito Civil, Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Faculdade Dom Alberto (2019). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2017/2). Integrante do grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Dr^a Fabiana Marion Spengler, com vice-liderança do Prof. Me. Theobaldo Spengler Neto. Advogada, inscrita sob o nº de OAB/RS 112.231 E-mail: maini_md@hotmail.com/moraesadvocaciamd@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>

MARCELO CONDE DOS SANTOS - Bacharel em Direito pela FND/UFRJ. Conciliador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA - Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho.

Professora Associada de Direito Processual Civil da FND/UFRJ. Coordenadora do LEMASC/UFRJ.

MARIA FERNANDA DYMA - Mestranda pela UERJ. Bacharel em Direito pela FGV. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. Advogada. Assessora jurídica da FGV Câmara de Mediação e Arbitragem.

MARIANA DA SILVA BRITO - Mestranda em Direito Processual pela UERJ. Pós graduanda em Advocacia Pública pela Uerj. Advogada.

MAURO AUGUSTO PONCE DE LEÃO BRAGA - Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas Cândido Mendes Ipanema (1991). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Estácio de Sá concluídos em 2005 e 2012, respectivamente. Pós-Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em Processo Civil (2013). Atualmente é Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de Manaus - Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Coordenador do NUPEMEC/CEJUSC do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e da Especialização de Direito e Processo do Trabalho da UEA/AMATRA 11. Diretor Financeiro da ANAMATRA. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4623896556141143> Link do Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2337-7911> Contato: mauro-braga@uol.com.br

MURILO STRÄTZ - Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal), pesquisador integrado ao Laboratório de Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov) daquela universidade, Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ, Instrutor da Escola da AGU e Professor convidado dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em “Direito Processual” e “Advocacia Pública” da UERJ. Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União – 2ª Região – Rio de Janeiro/RJ, atualmente em gozo de licença-capacitação para estudos no exterior. E-mail: murilostratz@uol.com.br.

PAULA MAYWORM VILLAÇA - Bacharelanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro Discente da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC).

ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO RODRIGUES - Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Civil do IBMEC-RJ, da Escola da AGU e da Pós-Graduação em Direito Processual Civil do CEPED/UERJ. Membro do IBDP. Advogado da União, atualmente no cargo de Subprocurador-Regional da União da 2ª Região. E-mail: robertorodrigues2003@yahoo.com.br.

RODRIGO SARAIVA PORTO GARCIA - Doutorando em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Membro da TMA Brasil. Advogado. E-mail: rgarcia@gc.com.br

RODRIGO SOARES PEVA - LLM em Direito Empresarial com concentração em Mercado de Capitais pela FGV-RIO. Pós graduando em Advocacia Pública pela Uerj. Advogado.

TAÍS BATISTA FERNANDES BRAGA - Professora da Escola de Direito da Universidade do

Estado do Amazonas (UEA). Mestre em Direito Público. Coordenadora da Clínica de Oratória de Debates Jurídicos da Universidade do Estado do Amazonas. Doutoranda em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2496348182696503>. Link do ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7564-2890> Contato: bragatais@uol.com.br.

Apresentamos à comunidade acadêmica e aos profissionais o resultado dos trabalhos realizados ao longo dos últimos meses pelos Grupos de Pesquisa “Observatório da Mediação e da Arbitragem” em funcionamento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio.

Foram buscados temas de alta indagação jurídica e de grande repercussão prática, que desafiam os estudiosos e operadores do direito a buscar soluções inovadoras e que garantam a efetividade das ferramentas de prestação jurisdicional. Da mesma forma, os temas vão de questões domésticas a problemas verificados no direito estrangeiro.

A presente coletânea, intitulada Estudos sobre Mediação no Brasil e no Exterior, foi disposta em quatro volumes a partir das contribuições apresentadas pelos integrantes de ambos os Observatórios que vêm desenvolvendo suas atividades em conjunto, a fim de otimizar os recursos e compartilhar as respectivas redes de pesquisa.

A partir dessas premissas, esperamos que os leitores possam aproveitar todo o conteúdo dessa coletânea que ultrapassa as 1.200 páginas, o que torna esse projeto o mais completo diagnóstico da mediação realizado no Brasil desde a edição do CPC e da Lei n 13.140/2015.