

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA QUINTELA

**A MEDIAÇÃO COMO PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO SOB A ÓTICA DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: RELEITURA CRÍTICA QUANTO À NATUREZA E
AO ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONFORME REGULADA
PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELA LEI Nº 13.140/2015**

Porto Alegre
2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
FACULDADE DE DIREITO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO –
MESTRADO**

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA QUINTELA

**A MEDIAÇÃO COMO PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO SOB A ÓTICA DO
DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: RELEITURA CRÍTICA
QUANTO À NATUREZA E AO ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO
EXTRAJUDICIAL CONFORME REGULADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E PELA LEI Nº 13.140/2015**

Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADOR: DR. LUIS ALBERTO REICHELDT

**PORTO ALEGRE
2020**

Ficha Catalográfica

Q7m Quintela, Ana Carolina de Oliveira

A mediação como processo autocompositivo sob a ótica do direito fundamental ao processo justo : releitura crítica quanto à natureza e ao âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial conforme regulada pelo Código de Processo Civil e pela Lei nº 13.140/2015 / Ana Carolina de Oliveira Quintela . – 2020.

116 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt.

1. Mediação. 2. Processo autocompositivo. 3. Juridicidade. 4. Processo justo.
I. Reichelt, Luis Alberto. II. Título.

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA QUINTELA

**A MEDIAÇÃO COMO PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO SOB A ÓTICA DO
DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: RELEITURA CRÍTICA
QUANTO À NATUREZA E AO ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO
EXTRAJUDICIAL CONFORME REGULADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E PELA LEI Nº 13.140/2015**

Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovada em 28 de fevereiro de 2020

Prof. Orientador Dr. Luis Alberto Reichelt

Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann (UFRGS)

Profa. Dra. Fernanda Tartuce Silva (FADISP)

Profa. Dra. Ísis Boll de Araujo Bastos (UNIFESP)

**PORTO ALEGRE
2020**

Dedico esse trabalho aos meus pais, Eurico e Eunice, que sempre me apoiaram incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

O caminho até aqui representa uma travessia que se revelou a mais desafiadora na minha vida acadêmica. Eu me encontrei e reencontrei e, por vezes, ocupei o lugar solitário de um pesquisador, mas o que revela a satisfação pela pesquisa e a construção dela é perceber que os mais significativos encontros e reencontros acontecem com as pessoas fundamentais para a realização de um sonho. A vocês que estiveram comigo me dando forças para que tudo isso fosse possível, meu agradecimento:

Foi quando conheci Luis Alberto Warat que eu descobri que a mediação faria parte da minha vida. Não foi possível agradecê-lo pessoalmente por ter tocado a minha alma e ter sido responsável por eu ter descoberto esse propósito, mas tenho certeza que o destino se encarregou em me fazer encontrar outro Luis Alberto na minha vida, na condição de melhor orientador que eu poderia ter.

Meu orientador, Professor Dr. Luis Alberto Reichelt, o responsável por me acolher – quando cheguei órfã no seu recém criado grupo de pesquisa na PUCRS - e confiar que eu poderia me construir enquanto pesquisadora e sempre apostar que eu seria capaz de percorrer uma trajetória de propósito na pesquisa e na docência. Obrigada por ter enxergado em mim essa capacidade e pela generosidade em compartilhar lentes de pesquisa para além dos livros, mas para a vida. Todas as tuas palavras de incentivo e orientação fazem parte de quem eu me tornei nessa trajetória. Obrigada por ser meu exemplo e fonte de inspiração. Eu te levarei sempre comigo na pesquisa, na docência e na minha humanidade.

Pais, não só meu amor eterno, minha eterna gratidão por permitirem que eu fosse em busca dos meus sonhos.

À minha irmã e cunhado por me proporcionarem a alegria de ser tia e madrinha no período mais desafiador da minha vida.

Ao Professor Ricardo Aronne, *in memoriam*, por me apresentar a essência da coragem na academia.

Ao Eduardo Guimaraes pelo cuidado com quem eu sou.

À Danielle Nunes Pozzo por ser um presente na minha vida.

À Ângela, Júlia, Maria Aparecida (Cida), Durga, Márcia, Cláudia, Erika e Adriane por nunca soltarem a minha mão.

À Raíssa Lopes, Fernanda Bitencourt, Giovana Fehlauer, Crislanda Franco e Gabrielle Peres pela certeza da amizade.

Aos colegas Cláudio Tessari e Sérgio Gillet por serem fonte de acolhimento.

Às professoras Ísis Boll Bastos, Simone Tassinari e Fernanda Tartuce pelo privilégio de tê-las na minha banca. Vocês tem meu carinho e admiração.

Ao Centro Universitário FADERGS, que me acolheu e deu sentido ao meu propósito na docência.

Aos meus colegas professores e funcionários da Escola de Formação Jurídica da FADERGS.

Aos meus alunos que me fazem professora e que não me deixam esquecer nem por um minuto o propósito da minha escolha profissional e a razão de querer ser uma pessoa melhor a cada dia.

Aos professores e equipe do PPGD da PUCRS.

Vocês foram a minha fonte de coragem para chegar até aqui.

“[...] por ora
sou a pegada
do passo por acontecer”.

Mia Couto

RESUMO

A presente pesquisa irá se dedicar à definição da natureza jurídica da mediação como processo autocompositivo e demonstrar como o direito fundamental ao processo justo conforma o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial. Para isso, serão fixadas premissas conceituais, a fim de demonstrar o que se entende por processo no contexto da mediação extrajudicial e como esse processo autocompositivo pode ser analisado sob a ótica do direito fundamental ao processo justo, passando pela investigação e definição do âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial, considerando o regime jurídico regulado pelo Código de Processo Civil e Lei nº 13.140/2015 enquanto parte do sistema de Justiça Multiportas.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Processo Autocompositivo. Juridicidade. Processo justo.

ABSTRACT

This research will dedicate to defining the legal nature of mediation as a self-composing process and to demonstrate how the fundamental right to a fair trial conforms the scope of legality of extrajudicial mediation. To this end, conceptual premises will be established in order to demonstrate what is meant by a process in the context of extrajudicial mediation and how this self-composing process can be analyzed from the perspective of the fundamental right to a fair process, including investigation and definition of the scope of legality extrajudicial mediation, considering the legal regime regulated by the Civil Procedure Code and law nº 13.140/2015 as part of the Multidoor Justice System.

Keywords: Mediation. Self-composition process. Legality. Fair trial.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Dimensões de juridicidade e os princípios da mediação.....	79
-----------------	------------------------------------------------------------	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SEU ÂMBITO DE JURIDICIDADE		
2	PREMISSAS PARA UM DEBATE SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....	17
2.1	Sobre o conceito de mediação na doutrina: uma primeira aproximação.....	17
2.2	Mediação e autocomposição de conflitos: sobre a finalidade da mediação.....	19
2.3	Mediação e equivalentes jurisdicionais. Mediação e meios alternativos para solução de litígios. Convergências e divergências.....	24
2.4	A mediação como um meio de acesso à justiça. Acesso à justiça, paz social e democracia sob a ótica da mediação.....	28
2.5	A mediação inserida no sistema de Justiça Multiportas.....	41
3	A CARACTERIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COMO UM PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO E AS LINHAS GERAIS DO SEU REGIME JURÍDICO.....	45
3.1	A mediação como processo autocompositivo.....	45
3.2	Características da mediação como processo autocompositivo. A conformação subjetiva, objetiva e teleológica da mediação como processo autocompositivo.....	48
3.3	A dinâmica da mediação como processo autocompositivo.....	51
3.4	Caracterização da mediação extrajudicial no contexto dos processos autocompositivos.....	56
3.5	Princípios gerais aplicáveis à mediação extrajudicial.....	59
3.6	Regime jurídico positivado em sede de mediação extrajudicial no diálogo entre o Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015.....	69
REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO		
4	A IMPORTÂNCIA DA IDEIA DE JURIDICIDADE NA CONFORMAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	75
4.1	Considerações gerais.....	75
4.2	Dimensões de juridicidade na mediação segundo Etienne Le Roy....	76
4.3	A importância do controle de juridicidade da mediação.....	80

5	ANALISANDO O ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO.....	84
5.1	O direito fundamental ao processo justo: considerações gerais.....	84
5.2	A aplicação do direito fundamental ao processo justo à mediação extrajudicial.....	90
5.3	De maneira específica: a aplicação do direito fundamental ao contraditório à mediação extrajudicial.....	95
	CONCLUSÃO.....	103
	REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende demonstrar a relevância acadêmica, jurídica e social de se delimitar a natureza jurídica da mediação a partir de premissas previamente fixadas.

Socialmente e academicamente, a mediação tem se mostrado como uma ferramenta de transformação das instituições e da própria construção do Direito. A produção científica em relação à mediação possibilita a construção de uma base teórica sólida. Juridicamente, trabalhar a mediação numa perspectiva processual, procedimental e constitucional contribui para o amadurecimento da técnica e da compreensão paradigmática que nasce com a utilização do método mediativo para o tratamento adequado dos conflitos.

Na academia, destaca-se a importância de conhecer esse tema e ampliar as possibilidades vislumbradas relação à tutela de direitos por meio de um processo autocompositivo.

A possibilidade de iniciar os estudos voltados para a caracterização da mediação enquanto processo é desafiadora, mas tem como intenção encontrar parâmetros adequados que emprestem maior autonomia e credibilidade científica ao instituto da mediação. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida a fim de responder o seguinte questionamento: *como o direito fundamental ao processo justo conforma o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial?*

Para que fosse possível desenvolver uma resposta ao problema fixado, foi preciso fazer algumas escolhas. Definida modalidade de mediação a ser estudada, a mediação extrajudicial, foi-se em busca de concebê-la como um meio de acesso à justiça. Feita essa escolha, foi preciso delimitar os parâmetros conceituais acerca do instituto no que diz respeito a sua natureza e regime jurídico, para, então, ser possível analisar o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial sob a ótica do direito fundamental ao processo justo.

Diante desse desafio, foi necessário ir em busca de resultados que subsidiassem ou refutassem a seguinte hipótese: *a mediação pode ser definida como um processo autocompositivo regido por normas jurídicas. A mediação extrajudicial possui um âmbito de juridicidade, que resta qualificado quando explorado na perspectiva do direito fundamental ao processo justo.*

O caminho metodológico a ser percorrido para se esclarecer tal hipótese e definição pressupõe reflexões em diversas dimensões. A abordagem comprometida em esclarecer: a) o que se entende por processo no contexto da mediação extrajudicial; b) o que se entende por uma atividade de natureza autocompositiva e voluntária; c) o que significa falar na atuação de um terceiro imparcial em tal contexto.

A definição do instituto procurou considerar o que a doutrina propõe como principais características da mediação. Reconhecidos esses elementos conceituais, será possível ir em busca da exploração desse processo autocompositivo sob a ótica do direito fundamental ao processo justo.

O objetivo geral da pesquisa se voltou para definir o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial a partir da perspectiva do direito fundamental ao processo justo, considerando o regime jurídico regulado pelo Código de Processo Civil e Lei nº 13.140/2015. Enquanto objetivos específicos, buscou-se a) investigar o a mediação inserida no sistema de Justiça Multiportas; b) analisar a mediação extrajudicial enquanto um processo autocompositivo; e c) verificar como o direito fundamental ao processo justo conforma o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial.

Na primeira parte da dissertação será realizada a análise do microsistema jurídico que pode ser denominado como sistema de *Justiça Multiportas*, em que se identificam, fundamentalmente, três marcos regulatórios: Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

A primeira aproximação doutrinária será voltada para a definição da mediação, a fim de compreender como esse meio consensual pode atuar na composição de conflitos e suas finalidades. Ainda, será explorada a sua natureza jurídica, a fim de mapear categorias existentes e verificar a possibilidade de compreendê-la enquanto processo.

A partir da concepção de sistema de Justiça Multiportas, será apresentada a proposta de ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça, em razão da própria construção desse sistema que recebe meios de resolução de conflitos autocompositivos e heterocompositivos em âmbito judicial e extrajudicial. A mediação de conflitos, objeto da presente pesquisa, será analisada em contexto extrajudicial, a partir do diálogo que se estabelece entre as legislações, especialmente do Código de Processo Civil e da Lei nº 13.130/2015.

Neste primeiro momento, serão apresentados os dispositivos da legislação selecionada que legitimam a mediação extrajudicial e constituem seu regime jurídico para que, então, no segundo momento da pesquisa possa avançar para a análise do direito fundamental ao processo justo aplicado ao âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial.

A partir de um mapeamento, serão analisadas as características da mediação que a qualificam como um processo e como ele pode ser conformado a partir de preceitos de adequação para que possa ser considerado como um processo autocompositivo.

Será considerada a dinâmica da mediação enquanto processo autocompositivo para que seja possível identificar as etapas e garantias necessárias a serem observadas ao longo do procedimento, considerando que se trata de procedimento voluntário pautado pela imparcialidade de um terceiro e exercício de autonomia de vontade das partes.

No segundo momento, será analisado o âmbito de juridicidade da mediação a partir das dimensões propostas por Etienne Le Roy e a importância de existir um controle de juridicidade da mediação.

Após a construção sistemática dos tópicos elencados acima, a análise se encaminha para buscar responder a problemática da pesquisa, considerando o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial analisado a luz do direito fundamental ao processo justo.

O método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo. Esse método é “baseado no raciocínio dedutivo, que é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um conseqüente menos universal”¹, considerando que seria necessário verificar a conformação do âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial sob a ótica do direito fundamental ao processo justo. Portanto, será necessário compreender a natureza do instituto e como ela se relaciona com o sistema normativo vigente. Ainda que seja possível definir a mediação como uma espécie de processo, será necessário compreender categorias jurídicas já existentes que a mediação poderia ser equiparada ou a descoberta de uma categoria autônoma.

¹ FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à Banca. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014. p. 43.

Serão adotados dois métodos de procedimento, o histórico e o comparativo. O método histórico “consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, para verificar sua influência na atualidade”² e o método comparativo “realiza comparações com a finalidade de verificar semelhanças e diferenças, explicando-as”³. O uso desse método se justifica pela análise conceitual e propositivo do tema, por meio de aproximações teóricas a fim de contribuir com a juridicidade da mediação. E ainda, estruturalista, pois irá se investigar todo o desenvolvimento da dinâmica processual e procedimental da mediação e de seus atores.

Para fins de interpretação jurídica, será utilizado o método sociológico, uma vez que a pesquisa irá analisar um fenômeno cultural e social, o conflito, que emerge de um método que poderá modificar estruturas jurídicas, sociais e, principalmente, mudanças substanciais na conduta dos profissionais do Direito e dos usuários do atual sistema de justiça.

A pesquisa se propõe, quanto a definição de objeto, ser de tipo bibliográfico-documental e quanto aos objetivos, exploratória. Em relação à natureza, pode ser definida como teórica, pois será desenvolvida por meio de amplo referencial teórico.

² FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à Banca. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014. p. 46.

³ FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à Banca. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014. p. 46.

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SEU ÂMBITO DE JURIDICIDADE

2 PREMISSAS PARA UM DEBATE SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

2.1 Sobre o conceito de mediação: uma primeira aproximação

A mediação de conflitos se insere num contexto de meios consensuais de solução de conflitos. A doutrina se posiciona a partir de referências culturais, experiências internacionais e se aproximam em alguns conceitos. É possível verificar também a influência de modelos adotados para a execução do procedimento da mediação. Nesse sentido, busca-se apresentar os principais conceitos apontados na doutrina a fim de se apresentar um panorama do que se entende por mediação.

Para Christopher W. Moore “a mediação é essencialmente o diálogo ou a negociação com o envolvimento de uma terceira parte”.⁴ “A mediação é um desenvolvimento do processo de negociação, o qual envolve ampliar a barganha a um novo formato e utilizando um mediador que contribua com novas variáveis e dinâmicas para a interação dos disputantes. Sem negociação não pode haver mediação”.⁵

Para Camila Nicácio “[...] a mediação é um processo que busca a resolução de situações de conflito, através do qual uma terceira pessoa neutra - o mediador - auxilia as pessoas envolvidas a resgatarem o diálogo e construïrem uma solução”⁶.

Carlos Eduardo de Vasconcelos afirma que “a mediação é tida como um método dialogal e autocompositivo, no campo da retórica material e, também, como uma metodologia, em virtude de constituir um procedimento baseado num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da

⁴ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 29.

⁵ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 29.

⁶ “A mediação é um termo muito rico e igualmente controverso. Utilizada historicamente por chefes tribais, pajés, anciãos e conselheiros como método de pacificação e integração social, ela é retomada, nos anos 70 e 80, primeira e principalmente nos Estados Unidos, como forma ‘novidadeira’ de resolução de controvérsias”. NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo. **e-cadernos CES** [Online], 2008. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1272>; DOI: 10.4000/eces.1272. p. 2.to. Acesso em: 15 jan. 2020.

comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas”⁷.

Para Águida Arruda Barbosa “a mediação é um método que se vale de técnicas de comunicação, adequadas para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado”⁸.

Lília de Moraes Sales apresenta a mediação como “um mecanismo consensual de resolução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de resolução de conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo”⁹.

Ainda, “a mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito”¹⁰, que pode ser um “meio de solução adequado a conflitos que versem sobre relações continuadas, ou seja, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado”¹¹.

Para Fernanda Tartuce a mediação é “um meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas”¹².

Após discorrer longamente a respeito das escolas da mediação, Fernanda Levy propõe um entendimento da mediação “como um meio consensual e voluntário de prevenção, condução e pacificação de conflitos, conduzido pelo mediador,

⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 60.

⁸ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55.

⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 1.

¹⁰ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 19.

¹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 2.

¹² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 51.

pessoa que, devidamente capacitada, atua como terceiro imparcial, sem o poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito”¹³.

Na legislação, o conceito de mediação pode ser considerado pelo texto do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015 ao dizer que se considera 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. O Código de Processo Civil apenas diferencia a atuação do conciliador e do mediador nos parágrafos 2º e 3º do art. 165 sem propor, objetivamente um conceito de mediação. Petronio Calmon critica negativamente a definição apresentada pela lei, mencionando que não se trata de erros a serem apontados, porém considera uma definição limitada, pois aponta uma atuação muito objetiva do mediador. E, ainda, que a lei, desnecessariamente, classifica a mediação extrajudicial e judicial como institutos distintos.¹⁴

2.2 Mediação e autocomposição de conflitos: sobre a finalidade da mediação

Marco Felix Jobim¹⁵ apresenta um importante contraponto em relação ao restante da doutrina ao considerar que a intervenção de um terceiro imparcial faz da mediação uma modalidade de heterocomposição.

Niceto Alcalá Zamora y Castiello propõe considerar a autocomposição como categoria igual à do processo, “caracterizando-a não como um dos meios de pôr fim ao processo, mas como um dos tipos de solução de conflitos. De fato, quando ocorre a autocomposição já estando em curso o processo, este será extinto. Mas o fenômeno processual deve ser visto sob a seguinte ótica: a autocomposição põe fim ao conflito; a sentença homologatória põe fim ao processo”¹⁶.

¹³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

¹⁴ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Organizadores). **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 (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 14.

¹⁵ JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 84.

¹⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 55.

Petronio Calmon, por sua vez, explica ao tratar dos meios de soluções para os conflitos que “qualquer nomenclatura que se adote, qualquer termo moderno, qualquer forma de se manifestar sobre esse tema, sempre se estará dentro de um desses três meios de solução: imposição por um dos envolvidos, imposição por um terceiro ou consenso entre os envolvidos”¹⁷, ainda que cada um dos meios de resolução de conflitos tenha a possibilidade de ser praticado por diferentes mecanismos, entendidos por técnicas e procedimentos específicos. Ou seja, os meios de resolução de conflitos podem ser classificados por: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Petronio Calmon também apresenta que “a autocomposição se dá quando o envolvido consente no sacrifício de seu próprio interesse, unilateral ou bilateralmente, total ou parcialmente. [...] pode chegar a três resultados: renúncia, submissão e transação”¹⁸, sendo a autocomposição “um legítimo tipo de solução de conflitos, pondo fim ao conflito jurídico (e muitas vezes ao sociológico), proporcionando condições para o prosseguimento da relação continuada (quando o caso) e promovendo de forma mais ampla a almejada pacificação social. A autocomposição é excludente da jurisdição e da autotutela”¹⁹.

Luiz Fernando Guilherme defende que a natureza jurídica da autocomposição é de negócio jurídico bilateral, sem a existência da jurisdição do mediador ou do conciliador. “Não há qualquer intenção de se obter uma sentença, mas sim existe a preocupação com a autonomia de vontade das próprias partes que moldam os seus interesses. Como exemplos clássicos há a mediação e a conciliação”²⁰

Os modelos de autocomposição ou de heterocomposição podem ser, conforme Cândido Rangel Dinamarco²¹, extraprocessual ou endoprocessual. A autocomposição pode ser unilateral, na modalidade de renúncia ou submissão, ou bilateral, na modalidade de transação. Para os fins dessa pesquisa, adota-se o conceito de *autocomposição bilateral assistida por um terceiro imparcial*.

¹⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 23.

¹⁸ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 25.

¹⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 55.

²⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. v. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 139.

A autocomposição se desenvolve em um processo dialógico. O diálogo é facilitado por estratégias que possibilitam uma negociação integrativa, que viabiliza que a tomada de decisão seja realizada pelas próprias partes envolvidas em um conflito, seja pela negociação, conciliação ou mediação.²²

A *negociação integrativa*²³ é a modalidade aqui considerada para o âmbito da autocomposição, pois possui estratégias voltadas para a geração de soluções com ganhos mútuos, podendo ser realizada com ou sem a intervenção de um terceiro facilitador. No presente estudo, a negociação será considerada como parte integrante da técnica utilizada pelo mediador.

Negociação distributiva “na qual as partes com posições opostas procuram maximizar seu ganho uma em relação à outra. Nessa negociação, as partes visam pura e simplesmente alcançar seus objetivos”.²⁴

Negociação integrativa “nesta são considerados e discutidos outros elementos de inter-relação entre as partes, além daquele que deu origem à negociação propriamente dita, tentando integrar aqueles elementos facilitando as metas de cada uma das partes”²⁵.

Roger Fisher, Bruce Paton e William Ury, a partir de alguns diagnósticos desenvolvidos no *Projeto de Negociação da Harvard Law School* pavimentaram a concepção de uma negociação estruturada, denominada negociação baseada em princípios²⁶ (negociação cooperativa), que visa identificar “os interesses comuns e opostos das partes, subjacentes e ocultos pelas posições”²⁷. A eficácia verificada

²² NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

²³ Modelo adotado por FISCHER, Roger. et al. **Como chegar ao Sim**: a negociação de acordos sem concessões. São Paulo: Imago, 2005.

²⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 10.

²⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 10.

²⁶ “O método de negociação baseada em princípios, desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard, consiste em decidir as questões a partir de seus méritos, e não através de um processo de regateio centrado no que cada lado se diz disposto a fazer e não fazer. Ele sugere que você procure benefícios mútuos sempre que possível e que, quando seus interesses entrarem em conflito, você insista em que o resultado se baseie em padrões justos, independentes da vontade de qualquer dos lados. O método de negociação baseado em princípios é rigoroso quanto aos méritos e brando com as pessoas. Não emprega truques nem assunção de posturas. A negociação baseada em princípios mostra-lhe como obter aquilo a que você tem direito e, ainda assim, agir com decência. Permite-lhe ser imparcial, ao mesmo tempo que o protege daqueles que gostariam de tirar vantagem de sua imparcialidade”. In FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago. p. 16.

²⁷ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 12.

nesse modelo de negociação foi fundamental para o desenvolvimento de um modelo de *mediação facilitativa*.

A *conciliação* também se apresenta como uma modalidade de autocomposição em que há a participação de um terceiro que intervém na busca de uma decisão tomada pelas partes envolvidas a fim de se obter um acordo em que, igualmente, a técnica negocial integrativa pode ser utilizada.²⁸

A compreensão do quanto acima dito passa pela consideração dos objetivos e finalidades da mediação. Nesse sentido, é importante considerar que “a mediação é indicada para as situações em que existe um vínculo jurídico ou pessoal continuado entre os envolvidos no conflito, ensejando, assim, a necessidade de se investigar os elementos subjetivos que levaram ao estado de divergências. Ela visa, assim, a prevenção ou correção dos pontos de divergência decorrentes da interação e organização humana”.²⁹

A consideração da mediação como um processo autocompositivo toma em conta a circunstância de que nela se faz presente o estímulo ao diálogo cooperativo entre as pessoas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.³⁰ O acordo não é o resultado objetivo desse processo e sim consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento³¹.

Ainda, “a mediação possui vários objetivos, dentre os quais se destacam a *solução* dos conflitos (boa administração do conflito), a *prevenção* da má administração de conflitos, a *inclusão social* (participação efetiva, conscientização de responsabilidade e dos direitos, acesso à justiça) e a *paz social*. Ressalta-se que, ao se alcançar a comunicação entre as partes, já se pode considerar uma mediação exitosa, tendo em vista que o restabelecimento do diálogo permite, se não no momento imediato, a resolução de conflito em momento posterior”³².

²⁸ Como aponta BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91-92. Bacellar complementa que há três prismas que orientam a diferenciação entre os institutos da conciliação e da mediação. São eles: a) a *natureza da relação*; b) a *finalidade e o foco*; e c) a *forma de atuação do terceiro*.

²⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução** CNJ 125/2010. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

³⁰ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 10.

³¹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 20

³² SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 5.

O diálogo tem função transformadora em relação ao conflito³³ e a mediação se mostra como um espaço adequado para que a premissa seja de resgate do diálogo “percebendo-se que por meio da mediação de conflitos e, em função de suas especificidades, a solução do problema passa pela ressignificação de interesses e de valores, possibilitando de fato uma transformação do conflito”³⁴.

É importante considerar que não existe um modelo único de mediação³⁵. No entanto, existem premissas fundamentais que devem ser observadas para que possa ser considerada como um processo autocompositivo.

A considerar, o mediador é o garantidor do âmbito de juridicidade, pois é sobre ele que recaem as normas deontológicas do procedimento. Os mediadores “ajudam no desenvolvimento de um processo de educação mútua em torno das questões e dos interesses envolvidos e trabalham com os participantes no projeto – e, às vezes, na implementação – de um processo de resolução de problemas”.³⁶

Nesse sentido, a “tarefa do mediador é ajudar as partes a examinar seus interesses e necessidades e a negociar uma troca de promessas e a definição de um relacionamento que venha a ser mutuamente satisfatório e possa corresponder aos padrões de justiça de ambos”.³⁷

³³ A perspectiva de *transformação* do conflito é trabalhada por LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 17. “Considero ‘transformação de conflitos’ uma expressão precisa porque estou engajado em esforços de mudança construtiva que incluem e vão além da resolução de problemas específicos e pontuais. Trata-se de uma linguagem correta do ponto de vista científico porque se baseia em duas realidades verificáveis: o conflito é algo normal nos relacionamentos humanos e o conflito é um motor de mudanças. A palavra ‘transformação’ oferece uma imagem clara e importante, pois dirige nosso olhar para o horizonte em direção ao qual estamos caminhando: a construção de relacionamentos e comunidades saudáveis, tanto local como globalmente. Um objetivo assim demanda mudanças verdadeiras no modo como nos relacionamos hoje”.

³⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 5.

³⁵ BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

³⁶ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 29.

³⁷ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 30.

2.3 Sobre a natureza jurídica da mediação. Mediação e equivalentes jurisdicionais. Mediação e meios alternativos para solução de litígios

A abordagem acima apontada mostra-se em consonância com o ordenamento jurídico e com a formação de uma nova cultura. Refira-se, no ponto, a contribuição de Luis Alberto Reichelt quanto “a necessidade de atenção redobrada do legislador para a consciência social a respeito de razões que impõem o repensar da forma como o homem contemporâneo pode interagir com seus pares com vistas à construção de um padrão cultural mais sofisticado no que tange aos meios de que dispõe para construir a tão desejada justiça”³⁸.

Esse alerta serve como ponto de partida para que se possa estabelecer uma premissa fundamental: de início, busca-se superar a concepção de que a natureza jurídica da mediação seja, exclusivamente, contratual ou de equivalente jurisdicional³⁹, pois insuficiente. Sendo assim, o esforço inicial será mostrar alguns apontamentos doutrinários, para então, analisar criticamente a possibilidade de ser considerada a natureza processual da mediação, como espécie autônoma de processo – um processo autocompositivo.

Rozane da Rosa Cachapuz defende a natureza jurídica da mediação como contratual, pois “ela é firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato”⁴⁰. A interpretação da mediação a partir dos princípios da boa-fé e da autonomia da vontade conferem a convenção de mediação apta a ser analisada pela perspectiva contratual, uma vez que as partes convencionam a escolha, permanência e resolução do conflito por meio da mediação, seja por cláusula contratual, seja por designação ou escolha antes ou durante um processo judicial - por isso a adoção

³⁸ REICHELT, Luis Alberto. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A REGULAMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. In **Acesso à Justiça** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG. Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

³⁹ “Os equivalentes jurisdicionais são formas de solucionar conflitos que não impedem o controle jurisdicional. O objetivo é oportunizar soluções de controvérsias que não seriam levadas à justiça tradicional ou, se levadas, não seriam tratadas de forma adequada”. SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os equivalentes jurisdicionais: mediação e conciliação. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun./ 2014. p. 399.

⁴⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011.

da ideia de convenção de mediação, semelhante ao que ocorre no instituto da arbitragem.

Se considerada como um negócio jurídico, a autocomposição deverá “preencher os requisitos de existência, validade e eficácia comuns a todo e qualquer ato jurídico. Destacam-se, dentre os requisitos, o objeto lícito, a forma prevista ou não defesa e a capacidade dos agentes, evidenciando-se aí, a livre manifestação da vontade”⁴¹.

Ao verificar a concepção de equivalente jurisdicional, invariavelmente, enfrentam-se questões voltadas para a análise do conceito de jurisdição, uma vez que se parte do pressuposto de que não há atividade jurisdicional na mediação, por isso a concepção de *equivalente jurisdicional*, como passa a se analisar.

É possível considerar a conceituação de jurisdição abordada por Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos Cintra⁴², a partir de três aspectos: poder, função e atividade. “A jurisdição é poder como capacidade estatal de decidir imperativamente, impondo decisões; em seu aspecto de função, expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais, realizando pelo processo, o direito justo; como atividade, constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei”⁴³

Em obra posterior, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra apresentam uma ponderação que merece ser destacada: “A jurisdição costuma ser conceituada com a tríplice qualificação como *poder*, como *função* e como *atividade*, mas essa assertiva merece uma retificação. Ela não é propriamente *um poder*, mas uma *expressão do poder estatal*, o que é uno e não comporta qualquer ramificação em uma pluralidade de poderes diversificados - o Estado não tem mais de uma *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*. Essa capacidade é uma só, e o que diferencia seu exercício em variados setores da atuação do Estado é a função exercida em cada um deles. [...] a função exercida na atividade *jurisdicional* consiste na busca da pacificação de sujeitos ou grupos em conflito. É mais correto, portanto, qualificar a jurisdição como uma expressão do poder estatal, exercida com a função de pacificar e mediante as *atividades*

⁴¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 55.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 62.

disciplinadas pela Constituição e pela lei”⁴⁴. Ainda, o autor aponta elemento fundamental da presente análise de que “a solução de conflitos não é atividade exclusiva do Estado, mediante a oferta de tutela jurisdicional estatal”⁴⁵. Considera-se, portanto, a existência dos demais meios de solução de conflitos, para o autor *meios alternativos* (ou *paralelos* à atuação dos juízes), como a arbitragem, conciliação e mediação.

Diverge-se dos autores quanto a atribuição de reconhecimento da arbitragem como equivalente jurisdicional, pois, em concordância com outros autores, acredita-se que há exercício de jurisdição na arbitragem, diferentemente da conciliação e mediação, que podem ser consideradas como equivalentes jurisdicionais. Para os autores, “do ponto de vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalham, porque somente a jurisdição estatal tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que está fora de cogitação nos chamados meios alternativos”⁴⁶. Dinamarco e Cintra afirmam que há um o ponto de convergência, que é o da “a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam”⁴⁷.

Nesse ponto, considera-se importante apresentar os pontos de convergência entre os meios alternativos e a jurisdição. Nesse sentido, “há certos atos que, apesar de não serem oriundos de uma autoridade judiciária, podem conduzir, em determinadas situações, ao mesmo resultado que seria obtido com a intervenção estatal jurisdicional, a composição definitiva da lide; tais atos são classicamente denominados como ‘substitutivos da jurisdição’ ou ‘equivalentes jurisdicionais’”⁴⁸

Sob essa ótica, os meios autocompositivos, como a mediação, podem ser considerados como *equivalentes jurisdicionais*, pois ainda que sejam constituídas como métodos de solução de conflitos não-jurisdicionais, é possível efetivar a tutela dos direitos na resolução dos conflitos, de maneira definitiva ou não.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 77.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 31.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 32.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 32.

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 161.

Ao compreender a complexidade de se demonstrar a natureza jurídica da mediação, busca-se efetivamente a superação de algumas fragilidades. Nesse sentido, principalmente quando “inscrita no contexto das estruturas judiciárias, a mediação é, de regra, alvo de uma série de desconfianças: tanto em relação à segurança jurídica que deixaria eventualmente de proporcionar aos jurisdicionados, segundo aqueles que a consideram como a negação de “direitos” e/ou de “procedimentos corretos”; quanto à sua efetividade, conforme a crítica que a julga como um procedimento a mais, e por isso infértil, pois que objetivada como sequência natural de mecanismos já existentes, tal como a conciliação - um rito de passagem obrigatório antes de um processo *a priori* inevitável”⁴⁹

Ainda, em relação à jurisdição, parte-se da consideração de que esta seja uma a função do Estado no processo judicial – sem excluir a possibilidade do exercício da jurisdição na Arbitragem. Por isso, parte-se do pressuposto de que a tutela jurisdicional, pautada pelo acesso à justiça, pode ser alcançada por outros meios de resolução de conflitos, em âmbito judicial ou extrajudicial, como é o caso da mediação – objeto da pesquisa, considerada por Dinamarco como e Cintra como “justiça parajurisdicional”⁵⁰.

Os equivalentes jurisdicionais coadunam com o princípio da inafastabilidade, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois este deve ir além da impossibilidade de uma controvérsia deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário, exigindo que o Estado preste serviços que possibilitem a tutela jurisdicional por meio de sentença estatal e pelos métodos “alternativos” de solução de conflitos, atuando não como excludentes, mas em uma relação de complementaridade.⁵¹

⁴⁹ NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia, alteridades em diálogo. In DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Mediação, cidadania e emancipação social**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010. p. 151-168.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 32.

⁵¹ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os equivalentes jurisdicionais: mediação e conciliação. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun./2014.

2.4 A mediação de conflitos como um meio de acesso à justiça. Acesso à justiça, paz social e democracia sob a ótica da mediação

A análise de acesso à justiça que se pretende realizar na presente pesquisa, diz respeito a concretização do conteúdo fundamental desse direito por meio da mediação, que passa pela ressignificação do Estado Democrático de Direito, a destacar a premissa constitucional de pacificação social, com a concretização do sistema de justiça multiportas e a mediação como meio de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

É cada vez mais claro que o direito fundamental ao acesso à justiça não se limita ao ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário, concebendo, então, de maneira mais efetiva, o que Kazuo Watanabe⁵² defende como acesso à ordem jurídica justa. Os conflitos possuem uma complexidade sociológica e jurídica advindas das relações interpessoais e, portanto, podem percorrer diversos caminhos para que a solução seja encontrada, seja por meios consensuais ou adversarias.

O Estado tem se organizado a fim de estimular os meios consensuais e extrajudiciais de resolução de conflitos. Exemplos disso podem ser vistos no advento de um Código de Processo Civil que é inaugurado com um texto que demonstra esse compromisso, em seu artigo 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.*

⁵² “O princípio de acesso à Justiça, inscrito no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3), não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação”. *In* WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. v. 195/2011, maio/2011. p. 381 – 389.

Considerando, ainda, a existência de uma proposta de Emenda à Constituição (PEC 108/2015) que propõe acrescentar um inciso ao art. 5º com a seguinte redação: “O Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”⁵³. Conforme a ementa da proposta, o acréscimo do inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal estabelece o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental e como dever o Estado.⁵⁴

Portanto, o acesso adequado à justiça deve considerar a adequação à ordem jurídica e efetividade de resultados materiais atingidos. Sendo assim, para que a mediação extrajudicial seja reconhecida como um meio adequado de acesso à justiça, será analisado a conformidade do âmbito de juridicidade da legitimação desse meio de resolução de conflitos a partir do reconhecimento nos marcos regulatórios, bem como da recepção dos efeitos dos resultados obtidos por meio desse processo autocompositivo por meio da homologação do termo de entendimento obtido na mediação.

O marco teórico para a análise do direito fundamental ao acesso à justiça considerado será a proposição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para quem “acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁵⁵.

A autonomia de vontade das pessoas envolvidas em um conflito ao terem a liberdade de escolha de qual mecanismo consideram mais adequado para a

⁵³ TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. ed. 82, jan./fev. 2018, p. 5 – 21.

⁵⁴ “Assim, se o Estado não pode se abster da promoção da mediação como forma de acesso à justiça, cabe-lhe igualmente zelar para que o desenvolvimento destas práticas seja conforme as exigências de respeito e proteção de direitos dos cidadãos. Se mediações vai haver, que lhes sejam asseguradas qualidade, a partir da formação e aprimoramento de profissionais, e sobretudo da mudança gradual da mentalidade dos operadores do direito, dentro e fora dos tribunais. À sociedade, a partir, sobretudo, dos movimentos associativos, incumbe indispensavelmente uma vigília permanente na consecução destes objetivos e um diálogo profícuo com o Estado, para que este não restrinja o seu apoio ao desenvolvimento da mediação à metamorfose precária de uma ação governamental carente de legitimidade, mas que possa questionar profundamente as bases da regulação social que lhe é ainda atribuída em tempos de fratura paradigmática, em que direito, justiça e indivíduo buscam, todos, novos referenciais”. In NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 59, p. 11-56, jul./dez. 2011. p. 45.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

resolução de seus conflitos permeia a construção da democratização do acesso à justiça. Afasta-se a ideia do monopólio estatal para a resolução de conflitos, sem deslegitimar a importância instrumental do processo judicial como mecanismo de resolução de conflitos e pacificação social.

Portanto, o sistema jurídico autocompositivo possui legitimidade para ser garantidor do efetivo acesso à justiça como acesso à uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, “com o surgimento de uma nova perspectiva de organização social, o Estado perde o posto de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, visto que os indivíduos, em virtude da complexidade com que as relações sociais se delineiam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares”⁵⁶.

Tradicionalmente o Direito considera o Poder Judiciário como poder de Estado capaz de dirimir os conflitos. “Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativa, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição)”⁵⁷.

A solução pacífica das controvérsias pode ser considerada como um princípio constitucional inerente à instituição do Estado Democrático de Direito. A compreensão do processo como instrumento de acesso à jurisdição passa também pela atenção a um novo paradigma, que é o dos direitos fundamentais de natureza processual. Sinais desse novo paradigma podem ser vistos no Código de Processo Civil ao redesenhar a fase autocompositiva no procedimento comum, bem como incentiva a todo tempo a promoção de solução consensual das demandas, como é possível destacar no art. 3º, §3º, e no art. 139, V, do Código de Processo Civil, por exemplo.

⁵⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.p. 35.

⁵⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. SALES, Lília Maia de Moraes. **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: ABC, 2003. p. 80.

Uma análise consistente do ponto reclama a atenção para as relações entre o direito fundamental ao acesso à justiça, o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e a adoção de métodos adequados de resolução de conflitos.⁵⁸

Cármem Lucia Antunes Rocha trabalha com a ideia de que o “direito de buscar a prestação estatal para fazer valer direitos e, portanto, solucionar conflitos havidos na sociedade, configura o direito à jurisdição”⁵⁹. A superação da autotutela foi representada pelo monopólio da prestação jurisdicional pelo Estado.

Em caráter complementar, a própria ideia de monopólio estatal da prestação jurisdicional ganha novos contornos, pois a interpretação do art. 5, XXXV, da Constituição Federal é densificada pelo art. 3º, do Código de Processo Civil. No primeiro dispositivo a legislação faz menção exclusiva não exclusão de apreciação de ameaça ou lesão a direito por parte do *Poder Judiciário*, já no segundo dispositivo tem-se a ampliação do enunciado normativo para “não se excluirá da *apreciação jurisdicional* ameaça ou lesão a direito”. Demonstrando a tendência da superação de acesso à justiça apenas pela via do Poder Judiciário e, expressamente, no viés da inafastabilidade do controle jurisdicional, considerando a possibilidade de apreciação jurisdicional por meio da arbitragem, art. 3º, § 1º, respeitados os limites da lei e a vontade das partes.

Nesse sentido, Luis Alberto Reichelt reforça que “o legislador infraconstitucional ampliou a proteção prevista na Constituição, facultando às partes a possibilidade de submeterem seus conflitos à apreciação por árbitros, respeitados os limites previstos em lei. De acesso ao Poder Judiciário avançou-se, em verdade, na direção do acesso à justiça⁶⁰”. Denota-se que, por um período o acesso à justiça representava acesso ao Poder Judiciário. Os contornos que o direito à jurisdição

⁵⁸ Nesse sentido, REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 258, 2010. p. 42, aponta que “Em primeiro lugar, impõe-se diferenciar o *direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional* em relação ao *direito humano e fundamental ao acesso à justiça*. O direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios. Nesse sentido, há que se considerar, desde logo, que a tutela de direitos ora reclama a presença de meios para solução de conflitos (o que, por sua vez, pode acontecer com ou sem a intervenção do Estado), ora simplesmente se manifesta sob a forma de criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal (como, por exemplo, nos casos de providências em sede de julgamento de ações constitutivas necessárias)”.

⁵⁹ ROCHA, Cármem Lucia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁶⁰ REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 258, 2016. p. 9.

alcançou representam a adequação ao contexto histórico em que esse direito se encontra e se adapta.

Não há dúvida que o novo Código de Processo Civil espelha uma mudança acerca da ressignificação da atividade jurisdicional prestada pelo Estado. Busca-se um processo voltado para a participação dialógica e, efetivamente, comprometido com a solução dos conflitos. A releitura do direito ao acesso à justiça sob a ótica de direito fundamental permitiu a densificação desse direito no Código.

Importante mencionar, de outro lado, que não se confunde o acesso efetivo ao emprego da jurisdição com tutela de direitos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni acertadamente aponta que “é insuficiente a ideia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdicional dos direitos”⁶¹

De outro lado, a tutela jurisdicional na perspectiva do acesso à justiça pode ser igualmente alcançada por meio da autocomposição, fundamentalmente quando se analisa a viabilidade de tutela de direitos nesse contexto.⁶² É possível a convivência entre diversas projeções de acesso à justiça por meio da prestação do Estado, considerando que a autocomposição praticada por meio de conciliação ou mediação judicial pode ser provocada por um processo judicial e poderá possuir um desfecho com uma decisão homologatória de autocomposição judicial.⁶³

A respeito do diálogo entre o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e os demais meios de acesso à justiça, Luis Alberto Reichelt aponta a presença de três indicativos no Código de Processo Civil que caminham

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p.1.

⁶² O direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas (i) do **acesso à justiça**; (ii) da **adequação da tutela**; e (iii) da efetividade da tutela. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 778.

⁶³ Importante contribuição de Humberto Theodoro Júnior, “Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do **direito à composição do litígio** (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste na prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda in concreto o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência** - Medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p.2.

nesse sentido⁶⁴: “a) A escolha consciente do legislador no sentido de viabilizar um sistema multiportas de acesso à justiça; b) A inserção do mediador e do conciliador dentro dos quadros dos auxiliares do juiz; c) A presença de normas que regulam a conciliação e a mediação dentro do procedimento comum”.

O Estado passa a ofertar mecanismos de resolução de conflitos sem o exercício direto da jurisdição, ou seja, a tutela de direitos poderá ser obtida por meio de uma decisão construída pelos próprios jurisdicionados, que auxiliados por um terceiro facilitador, mediador ou conciliador, encontram um entendimento que será ratificado por um juiz de direito.

Esse movimento no âmbito judicial possui um marco normativo instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 125/2010, que institucionalizou mecanismos autocompositivos privados de resolução de conflito, como um novo instrumento à disposição do jurisdicionado. A criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania demonstra a ampliação da atividade estatal e da não descaracterização da atividade jurisdicional prestada pelo Estado.

Da mesma forma, ao regulamentar expressamente os efeitos que um acordo judicial ou extrajudicial oriundo de mediação ou conciliação possui, o legislador acaba por estabelecer um âmbito de juridicidade a ser considerado em tal contexto. Dentre os diversos fatores que podem ser tomados em conta nesse sentido, é possível destacar, a título exemplificativo:

a) a possibilidade de controle de juridicidade exercido pela presença do advogado nas sessões de mediação ou conciliação, como, por exemplo, no art. 334 do Código de Processo Civil, “*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*” e no art. 10 da Lei nº 13.140/2015 “*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*”;

⁶⁴ REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 258, 2016. p. 10 - 11.

b) a garantia de controle de juridicidade por meio de homologação do termo de entendimento. A ver, *“art. 2º, § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”* e art. 28 *“o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo”* da Lei nº 13.140/2015;

c) o reconhecimento quanto à importância da legitimidade do termo de entendimento;

d) a presença de meios destinados à facilitação na execução ou cumprimento de sentença. A citar o art. 515 do Código de Processo Civil, *“são títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal do Código de Processo Civil”* e art. 20 da Lei nº 13.140/2015, *“o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”*;

e) o compromisso com a autonomia de vontade das partes;

f) a possibilidade de resolução híbridas das demandas.

Sobre esse último ponto, cumpre lembrar a possibilidade de trabalhar a partir de convenções extrajudiciais/pré-processuais ou judiciais que viabilizem a solução adequada de um conflito. A considerar: a) utilização de cláusulas compromissórias: cláusula de mediação ou cláusulas escalonadas (med-arb ou arb-med); b) Produção antecipada de provas, conforme previsão do art. 381, II, CPC; c) realização de

compromissos de autocomposição extrajudiciais ou judiciais (negócios jurídicos processuais – Art. 190, CPC).

O acesso à justiça no âmbito judicial se qualifica, uma vez que o Poder Judiciário amplia as possibilidades de vias adequadas de composição de interesses, seja pela heterocomposição ou autocomposição. A tutela de direitos passa a ser o centro da atividade jurisdicional e o jurisdicionado pode optar pelo meio que melhor atenda seus interesses. Da mesma forma, é preciso que as portas do Poder Judiciário estejam abertas e facilitadas para a ratificação dos resultados obtidos meio da autocomposição extrajudicial.

Alguns obstáculos que se apresentam em relação ao exercício do acesso à justiça, hoje se acumulam com a perspectiva de se ter um Tribunal de Múltiplas Portas, ou seja, um Poder Judiciário que apresenta várias formas de resolução de conflitos, que compreendem a heterocomposição e a autocomposição. O desafio que imediatamente se apresenta é o de informação. É preciso que o jurisdicionado tenha conhecimento que ao acessar o Poder Judiciário poderá optar pela “porta” que entender mais adequada. Além disso, ter autonomia efetiva para tomar essa decisão, mesmo que representado pelo seu advogado. Portanto, é dever dos profissionais do Direito exercerem o papel de disseminação dessas múltiplas alternativas, como bem propõe o art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil.

Impõe-se reconhecer, de maneira especial, a existência de alguns desafios que se apresentam em relação à Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Para que o acesso aos meios autocompositivos de resolução de conflitos através do Poder Judiciário seja efetivo, enfrenta-se, ainda, problemas culturais, estruturais e econômicos que permeiam atividade estatal. Portanto, é preciso a expansão e criação de Centros Judiciários de solução consensual de conflitos, conforme prevê o art. 165, do CPC, “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” e a capacitação de profissionais para atuarem como conciliadores e mediadores judiciais.

De outro lado, a ampliação do acesso à justiça representa avanço quando o próprio Estado reconhece que, além dos meios autocompositivos em âmbito judicial, as partes podem se fazer valer da esfera extrajudicial, representando assim um

sistema integrativo e complementar de métodos de resolução de conflitos, inclusive, reforçando a ideia de equivalentes jurisdicionais⁶⁵. Cármem Lucia Antunes Rocha aponta fundamentais indicadores que merecem ser recepcionados pela presente análise ao anotar que “o direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição”⁶⁶; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita”. A utilização da jurisdição com vistas à realização do direito reconhecido na via da mediação é um exemplo emblemático da integração e complementação antes mencionadas.

Enquanto instrumento de potencialização e acesso à justiça, a mediação, para Tânia Almeida, pode ser considerada:

“(i) adequada – quando eleita dentre outros métodos, por possuir especial propriedade de abordagem e de resolução em relação ao tema do conflito; (ii) tempestiva – porque ocorre no tempo dos mediandos, uma vez que ditam o período de duração do processo, em muito influenciado por suas habilidades e capacidade negocial; (iii) efetiva – porque a solução é construída pelas próprias pessoas envolvidas no desacordo, tendo como parâmetros a satisfação e o benefício mútuos, a partir do atendimento de suas necessidades”⁶⁷.

Há que se reconhecer, ainda, a circunstância de que o modelo em questão deve respeitar o primado da democracia. Reconhecendo-se que “o exercício da jurisdição, função precípua do Poder Judiciário, se qualifique como democrático”⁶⁸, e sendo o processo civil como espaço democrático de solução de conflitos⁶⁹, é imperioso que se acompanhe o pensamento de

⁶⁵ Os equivalentes jurisdicionais coadunam com o princípio da inafastabilidade, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois este deve ir além da impossibilidade de uma controvérsia deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário, exigindo que o Estado preste serviços que possibilitem a tutela jurisdicional por meio de sentença estatal e pelos métodos “alternativos” de solução de conflitos, atuando não como excludentes, mas em uma relação de complementaridade. *In* SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os equivalentes jurisdicionais: mediação e conciliação. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun./2014.

⁶⁶ ROCHA, Cármem Lucia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. *In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁶⁷ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁶⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação como faculdade das partes. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2060-2083 DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁶⁹ Mesmo que resguardadas as devidas modulações – cuja indispensabilidade se reconhece, considerando em determinados conflitos a presença de interesses de maior repercussão como direitos sociais, meio ambiente, tutela da democracia, onde certamente o protagonismo judicial até

Marco Felix Jobim ao referir que “o processo e o Direito devem se adaptar àquela determinada cultura na época ou na sociedade na qual se vive, assim como esta adaptar-se às inovações porventura trazidas por aqueles”⁷⁰.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁷¹ “a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas” e, ato contínuo, assevera que existe uma aproximação comum entre o exercício da jurisdição e outros meios alternativos em equivalência funcional que podem ser proveitosas para a sociedade que é “a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam”. A solução pacífica de controvérsias pode ser considerada como um princípio do Estado Democrático de Direito e a densificação de normas fundamentais regendo o Processo Civil.

Observa-se no Código de Processo Civil “a contemplação de um processo democrático, participativo e adequado ao conflito de direito material, representando faceta da democracia participativa e deliberativa. As opções de soluções consensuais ou de autocomposição foram expressamente contempladas no Código e elevadas à hierarquia de norma fundamental, adotando-se expressamente um sistema de justiça multiportas”⁷².

Fredie Didier apronta que “a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser última ratio, extrema ratio. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via

poderá ser recepcionado com mais valia –, há que se pensar o processo por um olhar divergente, compreendendo-o como um espaço onde efetivamente as partes – que deixam de ser mero “sujeitos” – passam a exercer a condição de agentes, atuando (= participando) e interferindo (= deliberando) no processo ao efeito de construir a composição do conflito, restando ao juiz uma função de condução, orientação, promoção da composição, fiscalização e, por derradeiro, aí sim com força de império, de chancela da composição, seja homologando autocomposição, seja decidindo o mérito em favor de um ou de outro litigante, quando necessário. Acima de tudo, isso representa a mais autêntica manifestação de cidadania. Democracia no processo pressupõe participação ativa (= poder de influenciar no resultado) de todos que integram a relação processual. MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação como faculdade das partes. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2060-2083. DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁷⁰ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 74.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 137 e 141.

⁷² MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação Como Faculdade das Partes. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 2060-2083. DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>. Acesso em: 15 jan. 2020.

adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo”

Para Grinover “em seu fundamento funcional, a jurisdição, além de ter escopo jurídico, passa a ter escopo social, sendo a mediação e a conciliação, apresentadas como métodos autocompositivos, instrumentos de política judiciária e consideradas como equivalentes jurisdicionais. Já o fundamento social indica a sua função pacificadora, momento em que se observa a raiz dos conflitos. E em seu fundamento político atenta-se para a importância da participação popular, que passa a colaborar na administração da justiça”⁷³.

Portanto, é preciso conceber que a solução de um conflito pela via democrática não necessariamente ocorrerá através do exercício tradicional de jurisdição, por meio de uma sentença. Para Kazuo Watanabe “os tribunais superiores precisam começar a aferir o mérito do juiz por uma atitude diferente diante da sua função judicante, que não consiste apenas em proferir sentença, dizendo qual a forma correta, se é preto ou branco, se é certo ou errado, solucionando apenas o conflito e não trabalhando para a pacificação da sociedade”⁷⁴.

Significa dizer que, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, com a inclusão de uma fase autocompositiva no procedimento comum, a tendência é ter uma resolução híbrida da demanda, que poderá se encerrar com uma decisão homologatória de autocomposição judicial, que ratifica um termo de entendimento obtido em conciliação ou mediação judicial, seja por comando do art. 334, 695 ou 139, seja pela vontade das partes – podendo ser, inclusive de maneira extrajudicial mediante suspensão do processo.

Para Luis Alberto Warat, “em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008. p. 399.

⁷⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. Série Cadernos do CEJ, 22. Disponível em: [file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/Volume%2022%20%20MEDIACAO%20UM%20PROJETO%20INOVADOR%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/Volume%2022%20%20MEDIACAO%20UM%20PROJETO%20INOVADOR%20(1).pdf). p. 50. Acesso em: 25 jan. 2020.

realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito”⁷⁵.

Para o autor⁷⁶, ainda, falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). E a autonomia uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores.

Para os autores Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy⁷⁷ “Interessante perceber que a *igualação* jurídica, ou seja, a atribuição meramente formal do *status* de cidadão, não implica concretização de direitos que uma tal condição promete ou sugere a seus sujeitos. Sob certo ponto de vista, pode-se afirmar que inclusive produz efeitos inversos: o *cidadão juridicizado* tende a abandonar a prática político-social para se socorrer à *promessa jurídica*, ao *privilegio* concedido. Por carecer de repertório simbólico que lhe permita alcançar a consciência quanto às limitações e possibilidades que o sistema jurídico lhe destina, esse *cidadão juridicizado* acaba por estabelecer com ele (sistema jurídico) uma relação *feitichizada*”.

É possível considerar que não há a divisão de um mundo jurídico e um mundo social, uma vez que as demandas judiciais são substratos das relações interpessoais em sociedade, fundamentalmente quando se está diante de conflitos subjetivos. “A vida cotidiana é considerada como o mais autêntico dos mundos humanos, precisamente porque espontâneo, não mediatizado por projetos culturais heteronomos e porque enraizados em condições concretas de existência⁷⁸”. Sendo

⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2004. p. 66.

⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2004. p. 66.

⁷⁷ COSTA, Domingos Barroso da. GODOY, Arion Escorsin de. **Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 56.

⁷⁸ HESPANHA, Antonio Manuel (1997), Le droit du quotidien, XIXe Conférence Marc-Bloch. Disponível em <http://cmb.ehess.fr/document123.html>. p. 2. Acesso em: 25 jan. 2020.

assim, “cada cidadão, co-autor do cenário do desentendimento ou responsável por seu manejo, pode ser, igualmente, co-autor de sua solução. Faz parte da competência social do homem deste milênio a habilidade para lidar com as diferenças e os desacordos de forma pacífica, implicando-se na solução. Faz parte da competência social deste milênio, sujeitos mais voltados para a solidariedade do que para o enfrentamento”⁷⁹.

Importante reconhecer que os meios adequados de solução de conflitos não são apenas alternativos e, sim, integram um sistema de resolução de disputas “[...] A dicotomia (resolução judicial x meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no meio de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma série de meios, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social”⁸⁰. O ponto em questão é relevante na medida em que o recorte da presente pesquisa será feito em relação à mediação extrajudicial, também representa um *locus* de acesso à justiça, para além da institucionalização da mediação em âmbito judicial e dos conflitos que são levados ao Poder Judiciário.⁸¹ Segue-se a trilha de Kazuo Watanabe, para quem os meios consensuais representam “uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça”^{82, 83}.

⁷⁹ ALMEIDA, Tania. **Mediação de Conflitos: Exercício de Cidadania e de Prevenção**. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_05como_teorica.html. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁸⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa. A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. **Revista de Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014. p. 276.

⁸¹ “A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa” *In* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 18.

⁸² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. *In* ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania Almeida. CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

⁸³ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016. “[...] o fortalecimento das *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) não pode ser moldado apenas pelo desejo de desafogar o

2.5 A mediação de conflitos inserida no sistema de Justiça Multiportas

O modelo de Tribunal Multiportas se dá pela importação do conceito inspirado nas pesquisas realizadas e apresentadas pelo professor Frank Sander, em 1976, na Conferência Pound⁸⁴, denominado *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas). A essência desse conceito diz respeito a ter um poder judiciário como um centro com distintos métodos de resolução de conflitos, deixando de existir apenas uma “porta” – o processo judicial –, tornando-se um sistema de integração que forma um “centro de justiça”, no qual os jurisdicionados podem ter à disposição o método mais adequado para sua demanda.⁸⁵

No Brasil, o modelo de Tribunal Multiportas foi fomentado pela Política Judiciária da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, concebida pela Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tendo como uma de suas premissas de 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.*

No entanto, com a promulgação da Lei nº 13.140/2015, consolidou-se um microsistema de normas que regulam os meios consensuais de solução de conflitos que amplia a concepção desse sistema não apenas voltado para um Tribunal Multiportas, mas para um sistema de Justiça Multiportas, uma vez que os meios consensuais de solução de conflitos podem ser empregados em âmbito

Poder Judiciário, mas também, e especialmente, pela vontade de se ter um mecanismo mais adequado para solução de boa parte dos conflitos hoje levados a julgamento estatal. A redução dos processos será uma resultante necessária do êxito de sua adoção, mas não seu escopo primordial, sob pena de desvirtuamento e perda da legitimidade dos instrumentos pacificadores.”

⁸⁴ “Após aquela palestra na Pound Conference, no verão de 1976, uma das revistas da ABA [American Bar Association — Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas. Eu tinha dado um nome bem mais acadêmico: “centro abrangente de justiça”, mas muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas”. In ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania Almeida. CRESPO, Mariana Hernandez (Organizadores). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

⁸⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df-2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

judicial ou extrajudicial.⁸⁶ Nesse sentido, “a justiça multiportas é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos”⁸⁷, portanto “ao invés de uma só porta que permite o acesso de todos e a qualquer tempo, sem distinções subjetivas, objetivas ou teleológicas, a justiça passa a apresentar muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade”⁸⁸ de tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva.

Na oportunidade da Conferência Pound, foram discutidas as perspectivas sobre a justiça do futuro e a primeira vez que o termo *Alternatives Dispute Resolution* (ADR) foi utilizado. Naquele momento, o foco das discussões estava voltado para a insatisfação da população com o Poder Judiciário, por isso, também, a importância da fala de Frank Sander voltada para a reformulação do Poder Judiciário e da oferta de diversos mecanismos de solução de conflitos dentro do escopo judicial voltados para mais efetividade dos serviços prestados aos jurisdicionados.⁸⁹

A análise firmada no presente trabalho não se ocupará acerca da (in)suficiência da atividade jurisdicional no exercício da jurisdição por meio do processo judicial e, sim, considerar que o acesso ao Poder Judiciário seja mais uma das portas de acesso à justiça inserido também no sistema de justiça multiportas. A justiça multiportas abre um catálogo de métodos adequados de resolução de conflitos para que as soluções justas sejam construídas por meio de diferentes métodos e processos, sejam eles heterocompositivos ou autocompositivos⁹⁰. A concepção de justiça multiportas passa a estar alinhada com a construção do Estado Democrático de Direito que, por meio de uma justiça plural, promove a pacificação social pelo acesso à justiça em mais de uma frente.

⁸⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

⁸⁷ ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 5.

⁸⁸ ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 5.

⁸⁹ MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, v. esp., p. 288-311, dez./ 2018.

⁹⁰ MACEDO, Elaine Harzheim, DAMASCENO, Marina (organizadoras). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos** [recurso eletrônico] – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

A Lei de Mediação serve de complementação para os dispositivos do Código de Processo Civil que regulam a mediação extrajudicial e, ainda que o ocorram alguns conflitos entre os textos⁹¹, é possível aplicar a teoria do diálogo das fontes, levando em consideração os princípios fundamentais que regem a estruturação do microsistema jurídico dos meios consensuais de resolução de conflitos. Portanto, não há necessidade de exclusão entre as normas, bem como será demonstrado no presente trabalho o vetor interpretativo do âmbito de juridicidade desse contexto normativo.

O Código de Processo Civil demonstra uma perspectiva diferenciada desde a exposição de motivos⁹² ao mencionar que “há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país” e que “essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”.

A democratização do acesso à justiça faz parte da concepção de ressignificação do acesso à justiça, que perpassa pela necessidade de fortalecimento desse sistema de integração de meios adequados de resolução de conflitos, seja pela heterocomposição, seja pela autocomposição. O movimento estimulado pela Política Pública foi incorporado pelo Código de Processo Civil – expressamente desde a redação da exposição de motivos – é formular ações voltadas para efetividade e satisfatoriedade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, para, além dos interesses juridicamente tutelados, a promoção da pacificação social, com o auxílio de diversos profissionais, inclusive incentivando a interdisciplinaridade.

A Constituição passa a ser filtro para que se possa examinar as normas infraconstitucionais e, nesse sentido, o Código de Processo Civil se adequou a esse paradigma constitucional “mais democrático e voltado ao atendimento efetivo dos

⁹¹ Recomenda-se a leitura de CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: JusPODIVM, 2016. e DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁹² **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>.

anseios sociais, que se irradia e permeia todo o sistema jurídico-normativo e sob cujo seu influxo se deve empreender a atividade hermenêutica, é justamente o que confere validade à releitura atualizada dos preceitos jurídicos-legais à luz do modelo constitucional⁹³. Portanto, esse sistema é estruturado para democratizar o acesso à justiça.

E ainda, se considera a mediação extrajudicial como parte desse sistema de justiça multiportas adotado pelo Código, que regula essa modalidade de mediação – dando as devidas distinções, quando necessário, à mediação judicial.

⁹³ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 492.

3 A CARACTERIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COMO UM PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO E AS LINHAS GERAIS DO SEU REGIME JURÍDICO

3.1 A mediação como processo autocompositivo

O presente trabalho toma como premissa a consideração da mediação como uma espécie do gênero processo, por ser considerada como um processo autocompositivo. Nesse sentido, impõe-se tecer algumas considerações a respeito do que se entende como processo.

Em relação à natureza jurídica do processo é possível localizar na doutrina as correntes que defendem a natureza jurídica do processo a partir de teorias privatistas (teoria do processo como um contrato e processo como um quase contrato), teoria da relação jurídica processual, teoria do processo como instituição, teoria do processo como categoria complexa e teoria do processo como categoria jurídica autônoma.⁹⁴

Para Carlos Alberto Salles “o conceito de processo como relação jurídica, não faria sentido se ela não se desenvolvesse por meio de um procedimento. À falta deste último esvazia-se o próprio conceito e conteúdo de processo”⁹⁵. Acrescenta-se ainda a concepção de procedimento “o requisito do contraditório, muito embora não o faça expressamente sob esse fundamento. Processo, sob essa perspectiva, não seria qualquer procedimento, mas apenas aquele desenvolvido mediante contraditório, com a participação dos interessados no ‘provimento’, isto é, no ato final cujos efeitos recairão sobre a esfera jurídica dos participantes”⁹⁶.

É preciso reconhecer que o fenômeno processual possa ser concebido para além dos limites da jurisdição estatal, pois “inegável a constatação de o processo não restringir ao modo judicial de solução de controvérsias”⁹⁷. O autor conclui que existe uma relação necessária entre processo e procedimento e que “a definição de processo é dependente da existência de procedimento, no sentido de o primeiro não

⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011. p. 101.

⁹⁶ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011. p. 101.

⁹⁷ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011. p. 101.

existir sem o segundo. Nessa perspectiva, processo é procedimento”⁹⁸. E, ainda, “processo como procedimento decisório qualificado por seu desenvolvimento em contraditório”⁹⁹.

Francesco Carnelutti aponta uma definição para o processo como sendo um conjunto de “dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas com uma ou mais pessoas desinteressadas”¹⁰⁰. O processo também se revela como método, ou seja, um meio para a aplicação do direito que busca a garantia de um resultado satisfatório – o processo também está voltado para a regulação do conflito – a pacificação será o resultado desse método estruturado a fim de encontrar os interesses das partes a fim de que a colaboração seja essência de um método e um resultado eficaz.

Para Elio Fazzalari o processo é procedimento em contraditório.¹⁰¹ Compreendendo a existência de um procedimento que exista isonomia de tratamento entre as partes, no caso da mediação com a presença de um terceiro imparcial, deverá ser garantido que o diálogo cooperativo seja promovido numa lógica de contraditório adequada ao procedimento mediativo. Assim também pensa Humberto Dalla Bernardina de Campos, para quem o processo é um “conjunto de atos, realizados sob o crivo do contraditório, que cria uma relação jurídica da qual surgem deveres, poderes, faculdades, ônus e sujeições para as partes que dela participam”¹⁰².

André Gomma de Azevedo apresenta que “é como se o processo fosse trilhos que assegurassem a prática sucessiva e lógica dos atos do procedimento. Essa conceituação adapta-se à lógica da autocomposição. Na esfera da mediação, o processo tem como finalidade a solução de um conflito pelas partes que dele são parte e a superação, em definitivo, dos fatores que levaram à disputa. O procedimento consiste nas etapas que o mediador segue com intuito de alcançar

⁹⁸ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011. p. 102.

⁹⁹ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011. p. 102.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Vol. I. São Paulo: Ed. Classic Book, 2000, p. 72.

¹⁰¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Book-seller, 2006.

¹⁰² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 422.

essa finalidade”¹⁰³. Tais colocações apresentam a medida do desafio de apresentar a dinâmica da mediação como processo, tendo em vista que não há o exercício de jurisdição no âmbito da mediação judicial ou extrajudicial.

O processo pode ser concebido como um procedimento pautado pela relação jurídica realizada em contraditório, em que os sujeitos, para a concretização dessa relação, estão vinculados ao exercício de poder, dever, ônus e faculdades, por meios de atos sucessivos em contraditório para a construção de um procedimento. A composição de um conflito – oriundo da relação jurídica – necessita de atos voltados para uma sucessão de etapas e esforços para que se construa conjuntamente uma solução.

Na mediação, o escopo é buscar que os sujeitos da relação jurídica, por meio da comunicação – exercício do contraditório – busquem um entendimento facilitado por um terceiro – trabalho conjunto – para a concretização de uma decisão justa.¹⁰⁴

Portanto, a mediação pode ser considerada um processo, de modalidade *autocompositiva*, pois possui as seguintes características: 1) É conduzida por um terceiro imparcial; 2) A participação das partes se desenvolve em contraditório; 3) A decisão é construída conjuntamente pelas partes. O procedimento mediativo possibilita que todos os atores desenvolvam um trabalho cooperativo existente entre mediador e partes e entre as partes. Nesse contexto, é necessário que as partes cooperem entre si.

A concepção de um *processo autocompositivo*, no caso da mediação, leva em consideração a presença de um terceiro facilitador ou até mesmo um painel de facilitadores que não possuem interesse no objeto do conflito e tem condições de conduzir esse processo de maneira técnica e imparcial, por se tratar de uma *autocomposição assistida*. Esse processo é composto por “vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação

¹⁰³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

¹⁰⁴ AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>. Acesso em: 15 jan. 2020.

entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades”¹⁰⁵.

Ainda, as partes tem a liberdade de encerrar a mediação a qualquer tempo – por isso, esse processo é também caracterizado por uma atividade voluntária tanto das partes quanto dos mediadores – pois esse processo pode ser considerado como “não vinculante”, ou seja as partes não possuem ônus em participar do processo e aderir aos atos procedimentais conduzidos pelo mediador, bem como a desistência não gera prejuízo.¹⁰⁶

3.2 Características da mediação como processo autocompositivo. A conformação subjetiva, objetiva e teleológica da mediação como processo autocompositivo

A mediação se configura como um processo dentro de um amplo espectro de processos que podem ser utilizados como meios de resolução de conflitos. As principais características desse processo estão relacionadas ao seu caráter voluntário e a presença de um terceiro imparcial sem poder de tomada de decisão. Essas duas principais características conformam o âmbito de juridicidade desse processo autocompositivo que é complementarmente associado à normas jurídicas que o qualificam.

John Cooley a define como um “processo em que um terceiro desinteressado (ou parte neutra) ajuda os contendores na consecução de um acerto voluntário quanto as suas diferenças por meio de um acordo que pauta seu comportamento futuro”¹⁰⁷. O processo de mediação é um processo de

¹⁰⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df-2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. p. 20. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁰⁶ “Exemplificativamente, se, em uma arbitragem ou em um processo judicial, a parte ré opta por não mais participar do procedimento, presumir-se-ão verdadeiros alguns dos fatos alegados pela outra parte e, como consequência, há uma maior probabilidade de condenação daquela que não participou do processo. Já nos processos não vinculantes, não há maiores prejuízos decorrentes da desistência de participação no processo. Naturalmente, isto não significa que a parte não sofrerá perdas em razão do não atingimento dos objetivos que possivelmente seriam alcançados se este não tivesse desistido do processo. A característica dos processos não vinculantes consiste na inexistência do ônus de participar do processo”. In AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df-2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. p. 21. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁰⁷ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Ed. UnB, 2000. p. 24.

autocomposição, que possui mecanismos próprios para conduzir as partes a uma construção conjunta de entendimento.

A voluntariedade é elemento caracterizador da autonomia de vontade das partes, uma vez que, enquanto detentoras do poder de tomada de decisão, a vinculação de cada uma na possível resolução do conflito depende da vontade em se implicar no comportamento futuro de cumprimento de um possível acordo. Ainda, a voluntariedade diz respeito a atividade das partes no processo, no sentido de que a qualquer tempo qualquer uma delas pode rejeitar o processo sem qualquer prejuízo, pois até que se formalize um termo de entendimento (título executivo) não há vinculação das partes com as propostas ofertadas.

O processo autocompositivo também possui uma dimensão teleológica que pode explorada. Ainda que o objetivo final não seja o acordo, o processo se constrói em um procedimento que visa emancipar as partes para que elas sejam capazes de produzir um resultado satisfatório para o conflito.

O âmbito de juridicidade da mediação deve levar em conta critérios de equidade e adequação. A equidade está relacionada ao tratamento empregado pelo terceiro, tendo como premissa de que a decisão justa – de ganhos mútuos – precisará contar com a satisfação das partes envolvidas na relação jurídica em conflito, portanto, o procedimento é construído a partir de uma lógica de equidade.

Outro olhar a ser considerado é o que envolve a necessidade de adequação subjetiva, objetiva e teleológica da mediação como processo autocompositivo¹⁰⁸. Para que se alcance o máximo de eficiência, tais técnicas devem ser utilizadas simultaneamente, objetivando-se “emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material”¹⁰⁹.

Os critérios de adequação antes citados podem ser analisados sob a ótica da proposta formulada por Galeno Lacerda¹¹⁰, no seguinte sentido: Adequação subjetiva – as peculiaridades dos sujeitos inseridos na relação jurídica (interesses e necessidades); Adequação objetiva – as peculiaridades da relação jurídica;

¹⁰⁸ LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Corag, 1976. p. 161-170. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-120.

¹¹⁰ LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Corag, 1976. p. 161-170. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

Adequação teleológica – os objetivos que se fixam na busca pela solução consensual de conflitos.

A adequação subjetiva diz respeito à “legitimação processual das partes”.¹¹¹ Sob a ótica da exigência de adequação subjetiva, as partes precisam possuir autonomia para exercerem a sua atividade no processo autocompositivo. Nessa dimensão, a isonomia (ou equidade) precisa estar presente no plano processual, a fim de garantir o equilíbrio entre as partes e o favorecimento do empoderamento para a tomada de decisão - e tal decisão deve contemplar os interesses de todas as partes envolvidas. Uma vez atendidos os princípios da voluntariedade e da autonomia de vontade, se no decorrer do procedimento escolhido houver desequilíbrio que impeça a autodeterminação dos envolvidos, a autocomposição não prospera¹¹². Portanto, a adequação subjetiva está ligada com os princípios voltados para a garantia da autonomia de vontade das partes, isonomia, empoderamento, decisão informada e voluntariedade.

A adequação objetiva diz respeito à “como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras do processo”.¹¹³ Nesse sentido, o procedimento pode ser ajustado conforme a particularidade do que será tratado no processo autocompositivo. A informalidade é o princípio que garante essa adequação, no entanto, no que diz respeito à disponibilidade de direitos, a exigência de homologação do título executivo extrajudicial – termo de entendimento - configura exigência de juridicidade em dimensão objetiva.

A adequação teleológica diz respeito “a adequação do processo jurisdicional à finalidade há de adaptar-se necessariamente às diversas funções da jurisdição”¹¹⁴. Em relação à mediação, a caracterização de sua natureza jurídica como processo comporta a concepção de ser considerada como um equivalente jurisdicional, em

¹¹¹ LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Corag, 1976. p.161-170. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

¹¹² QUINTELA, Ana Carolina. A utilização de meios adequados de resolução de conflitos em demandas consumeristas. In MARQUES, Claudia Lima. REICHEL, Luis Alberto. **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 297.

¹¹³ LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Corag, 1976. p.161-170. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

¹¹⁴ LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Corag, 1976. p.161-170. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

que a finalidade não é o alcance de uma decisão justa por meio do exercício de poder de jurisdição, mas, sim, a composição da lide por meio da autocomposição. Nesse sentido, claramente se percebe uma adequação processual em razão da finalidade do processo autocompositivo. A finalidade, perpassada pela adequação teleológica, permanece sendo a tutela de direitos.

3.3 A dinâmica da mediação como processo autocompositivo

Em relação à dinâmica da mediação, preliminarmente apresenta-se a proposta de Carlos Eduardo de Vasconcelos segundo a qual “na dinâmica de qualquer processo de solução de disputas, a pragmática, a tópica, a problematização de uma conversa voltada para o entendimento e compreensão de questões contraditórias, tal como ocorre na mediação de conflitos, deve anteceder e se integrar à interpretação de textos (exegese dogmático-jurídica), compondo, assim a hermenêutica da tomada de decisões (discurso jurídico-concretizador). É nessa integração entre compreensão, interpretação e aplicação que a hermenêutica mais atual acolhe e valida a transdisciplinaridade das três dimensões existenciais do novo paradigma da ciência (complexidade, instabilidade, intersubjetividade)”¹¹⁵.

A dinâmica da mediação será analisada sob tais perspectivas: objeto, forma dos atos, partes envolvidas e tomada de decisão. A partir da definição das premissas da dinâmica será analisada a dimensão de juridicidade aplicável à dinâmica de mediação.

O objeto da autocomposição versa sobre o conflito, a relação jurídica e o bem disponível para autocomposição. A forma se dá pela oralidade e pode ser formalizada de forma escrita (título executivo judicial ou extrajudicial) e o resultado obtido é oriundo da tomada de decisão das partes.

Ao trabalhar a estrutura da mediação, Águida Arruda Barbosa afasta a ideia de que a mediação deve ser definida como *resolução de conflitos*, pois, trata-la dessa forma “é reduzi-la a uma função que a enquadra numa relação com o conflito, quando, na verdade, a natureza da mediação é relacional, destinando-se a estabelecer comunicação entre pessoas ou grupos, construída por uma imaginação

¹¹⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 57.

criativa”¹¹⁶. Para a autora, “afastando esse equívoco conceitual, pode-se afirmar que a mediação se define como prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio. E, para que essa relação se solidifique, é necessário que haja três participantes da ação mediadora: os dois mediandos e o mediador.”¹¹⁷

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho, para a existência de um processo autocompositivo de mediação são necessários três elementos: a) existência de sujeitos em conflito; b) relação jurídica com contraposição de interesses; e c) terceiro imparcial capacitado para facilitar a busca pelo consenso.¹¹⁸

Malvina Ester Muskat revela que o objetivo do seu trabalho no processo de adaptação do método constitui-se em “buscar acordos entre pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial em uma dinâmica pactual improvável nesse contexto”¹¹⁹.

De maneira exemplificativa, serão analisadas algumas propostas de etapas do procedimento mediativo para que seja possível verificar quais são os elementos fundamentais que devem estar presentes nesse processo autocompositivo, como incidem as regras e princípios para que se defenda um âmbito de juridicidade caracterizador da mediação.

Lia Sampaio e Adolfo Braga Neto consideram que o processo de mediação possui uma dinâmica que se compreende a partir de uma série de etapas, quais sejam: 1) pré-mediação; 2) Abertura; 3) Investigação; 4) Agenda; 5) Criação de opções; 6) Avaliação das opções; 7) Escolha das opções; e 8) Solução.¹²⁰

Por sua vez, John W. Cooley divide o processo de mediação em oito fases: i) iniciação, momento no qual as partes submetem a disputa a uma organização pública ou privada ou a um terceiro neutro em relação ao conflito, para que seja composta; ii) preparação, fase na qual os advogados se preparam para o processo, coletando um conjunto de informações, tais como os interesses de seus clientes, questões fáticas e pontos controversos; iii) sessão inicial ou apresentação, momento em que o mediador explica a natureza e o formato do processo de mediação aos

¹¹⁶ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

¹¹⁷ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

¹¹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 936.

¹¹⁹ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. São Paulo: Summus, 2008. p. 18.

¹²⁰ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 44.

advogados e às partes; iv) declaração do problema, quando as partes, por já estarem debatendo acerca da disputa abertamente, delimitam os pontos controversos que deverão ser objeto de acordo; v) esclarecimento do problema, fase em que o mediador isola as questões genuinamente básicas em disputa buscando melhor relacionar os interesses das partes com as questões apresentadas; vi) geração e avaliação de alternativas, momento em que o mediador estimula as partes e os advogados a desenvolverem possíveis soluções para a controvérsia; vii) seleção de alternativas, estágio no qual as partes, diante das diversas possibilidades desenvolvidas na fase anterior, decidem quanto à solução; viii) acordo, momento no qual o mediador esclarece os termos do acordo a que tiverem chegado as partes e auxilia na elaboração do termo de transação.¹²¹

Quanto aos critérios para a escolha da mediação, segundo John Cooley, impõe-se sejam levados em conta os seguintes parâmetros: a) o desejo de preservar relações continuadas; b) ênfase no trato futuro; c) a necessidade de evitar decisões que envolvam ganhar ou perder absolutamente; d) a disputa ter múltiplas partes e questões; e e) a ausência de direitos legais claros¹²².

Portanto, propõe-se que o processo deve ser conduzido em consonância com critérios que estão ligados à a) a utilização da comunicação como conduta técnica da conduta imparcial do mediador e como meio de viabilizar a escuta ativa e comportamentos voltados para a resolução pacífica do conflito de estímulo às partes atuarem de maneira colaborativa; b) estímulo à criação de compromissos mútuos que vinculam as partes e que geram ganhos mútuos de curto, médio ou longo prazo, a fim de garantir a autonomia e perenidade do acordo – a perenidade do acordo também está ligada a autonomia das pessoas em modifica-lo quando houver necessidade, considerando que possuem autonomia e condições de negociação; c) viabilizar um espaço de geração de opções e, nesse sentido, a aplicação da técnicas da negociação baseada em princípios se torna parte do procedimento; d) proporcionar espaço de acolhimento às complexidades das relações em conflito; e) proporcionar a possibilidade de composição de questões subjetivas que envolvem as relações em conflito.

¹²¹ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Ed. UnB, 2000.

¹²² COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Ed. UnB, 2000. p. 37.

Os estágios visam “(i) obter a concordância das partes em mediar; (ii) propiciar o entendimento das questões em disputa; (iii) criar opções para negociação; (iv) realizar e organizar o acordo; e (v) implementar o acordo”¹²³.

Para tanto, fixa-se um fluxo que será analisado em quatro frentes na presente pesquisa: 1) processo autocompositivo; 2) processo de mediação: 2.1 escolha pela mediação; 2.2) nomeação ou aceitação dos mediadores 3) procedimento mediativo: 3.1) sessões de mediação (etapas da mediação – procedimento baseado em técnicas e ferramentas); 4) encerramento do processo de mediação.

O processo favorece a elaboração de um acordo que representa a manifestação de duas “liberdades”, segundo Neil Andrews: “a liberdade contratual e a liberdade dos litigantes para delimitar seus pedidos e defesas e praticar atos de disposição, nos termos combinados”¹²⁴.

Portanto, resta identificar enquanto características desse processo alguns pontos:

a) podem atuar um ou mais mediadores, de acordo com a vontade das partes;

b) elaboração de um termo de mediação “que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo pelo mediador”¹²⁵, ainda, “a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes; prazo para a conclusão dos trabalhos; formas de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação); cláusula determinando o procedimento, caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue a conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado [...])”¹²⁶;

c) reuniões conjuntas e em separado;

¹²³ ALMEIDA, Rafael Alves de; JONATHAN, Eva. Dinâmica da Mediação: etapas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 242.

¹²⁴ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. SP: RT, 2010. p. 235.

¹²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 941.

¹²⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 941.

d) formalização de um termo de entendimento por escrito a ser verificado pelos advogados das partes – se ambas estiverem acompanhadas de procuradores – que constituíra um título executivo extrajudicial.

É preciso destacar que não se trata de uma estrutura rígida de procedimento e, sim, traçar objetivos pautados para se conduzir uma estrutura própria que empodera as partes na criação do modelo que for mais relevante e apropriado para o conflito que se apresenta. “As regras e normas de procedimento devem existir, mas não devem ser estabelecidas em excesso, porque isso viria a inibir o desenvolvimento natural do diálogo e mitigar a informalidade do processo de mediação”¹²⁷.

Utilizar-se-á John W. Cooley como marco teórico para conjecturação do âmbito de juridicidade no processo e procedimento da mediação. O processo é composto por etapas e o procedimento por mecanismos próprios para viabilizar a sequência de atos do processo. A partir de elementos que a caracterizam como um processo autocompositivo e que deve ser pautado por normas jurídicas que conformam seu âmbito de juridicidade.

Por fim, a mediação extrajudicial, ainda que não seja considerada enquanto prestação de tutela jurisdicional – pela ausência da propositura de ação para o exercício da tutela jurisdicional, pode ser analisada sob o viés de tutela de direitos, e como tal, deve observar a garantia de tutela adequada, efetiva e tempestiva, pois, como visto o processo autocompositivo acolhe o acesso à justiça, a adequação da tutela e a efetividade da tutela, tal qual se observa na tutela jurisdicional.

No entanto, pode-se atribuir à tutela jurisdicional no âmbito da mediação como uma “tutela pacificadora”¹²⁸. Para Humberto Dalla, na mediação “há uma real preocupação com a efetiva pacificação do conflito, ao ponto de essa finalidade ter se tornado elemento essencial do próprio conceito da jurisdição contemporânea”¹²⁹.

¹²⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016. p. 226.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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. 256.

Para o autor, deve-se atribuir eficácia horizontal ao direito fundamental à tutela jurisdicional “que agora deve ser compreendida a partir de cinco predicados: acessível, instrumental, efetiva, adequada e pacificadora”¹³⁰.

3.4 Caracterização da mediação extrajudicial no contexto dos processos autocompositivos

A análise da mediação extrajudicial partirá do pressuposto de que todo cidadão que sofrer lesão ou ameaça aos seus direitos não é obrigado a acionar a jurisdição estatal e não será impedido de fazê-lo por força do direito fundamental ao acesso à justiça e inafastabilidade do controle jurisdicional.¹³¹

Portanto, versando o conflito sobre direitos disponíveis passíveis de transação, a escolha pela mediação extrajudicial como meio de resolução de conflitos, poderá acontecer de maneira prévia ao surgimento de um conflito, mediante cláusula contratual, ou de maneira posterior, ou, até mesmo, incidentalmente a um processo judicial ou arbitral.

Camila Nicácio faz importante ponderação:

As inúmeras mediações realizadas fora ou à sombra do Estado não podem simplesmente, e em função desta filiação dita “bastarda”, serem relegadas a um cantão de subjustiça ou de justiça de segunda classe. Às soluções encontradas pelas partes, quando de processos de mediações, será necessário reconhecer o signo de uma justiça pontual, quotidiana, contextual, que, respeitosa dos princípios do direito oficial, não lhes reconheçam em exclusividade a gestão da vida social. Neste sentido, uma abertura da justiça de Estado e de seus profissionais a uma abordagem antropológica do direito e da justiça é que vai atuar de forma definitiva¹³².

Entende-se necessário diferenciar a mediação em âmbito judicial e extrajudicial – ambas reguladas na Lei de Mediação e no Código de Processo Civil.

A mediação judicial foi inserida no Código de Processo Civil a partir da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, concebida pela Resolução n. 125/2010 do Conselho

¹³⁰ 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. 265.

¹³¹ NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização, **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 52, jan./mar. de 2017, p. 221-258.

¹³² NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 59, p. 11-56, jul./dez. 2011. p. 46.

Nacional de Justiça, que prevê a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos por parte dos tribunais, com a responsabilidade de realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.¹³³

A mediação judicial e a mediação extrajudicial possuem regimes jurídicos distintos. A título exemplificativo, algumas diferenças:

a) 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* (Art. 9º, Lei nº 13.140/2015) e o mediador judicial deverá ser *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* (art. 9º, Lei nº 13.140/2015);

b) A voluntariedade das partes em participar e permanecer no procedimento se manifesta de maneira diferenciada. Na mediação extrajudicial, as partes convencionam a escolha pela mediação por meio de cláusula ou convite e na mediação judicial acontece por meio de convite, que pode ou não ser precedido de manifestação do autor de uma ação judicial, –considerada requisito da petição inicial (art. 319, VII do Código de Processo Civil);

c) Na mediação extrajudicial as partes podem escolher o profissional que irá atuar como mediador, enquanto na mediação judicial as partes irão aceitar ou não o mediador indicado, que possui função de auxiliar da justiça (art. 149 do Código de Processo Civil).

A mediação judicial pode ocorrer em *três* momentos: a) *pré-processual*, ou seja, antes de uma possível propositura de ação judicial, conforme redação do art. 10 da Resolução 125/2010, CNJ, ao prever que “cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de

¹³³ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

cidadania”, b) a *audiência prevista no art. 334*, do novo CPC, que ocorre antes da defesa do réu e, nesse mesmo caminho, a obrigatoriedade da realização de audiência de mediação nas ações de família, conforme previsão dos arts. 694 e 695 e, ainda, c) a possibilidade da realização de mediação ou conciliação de maneira *incidental*, conforme projeção feita pelo art. 3º, § 3º, do novo CPC, prevista expressamente no art. 139, V, ao afirmar que “incumbe ao juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, que conforme o art. 16¹³⁴, da Lei da Mediação, prevê a possibilidade de suspensão de processo arbitral ou judicial por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

A mediação extrajudicial tem seu procedimento previsto na Lei nº 13.140/2015 com comandos que dialogam e que são recepcionados pelo Código de Processo Civil. Na lei especial, a mediação extrajudicial pode acontecer a partir de uma convenção contratual prévia ao conflito, espontaneamente por meio de convite ou por meio da suspensão de um processo judicial ou arbitral.

A mediação extrajudicial pode ser realizada em âmbito público ou privado¹³⁵. No entanto, para os fins da presente pesquisa, será objeto de análise apenas a mediação extrajudicial privada realizada em Câmaras/Centros privados de mediação ou por mediadores autônomos como meio de resolução de conflitos entre particulares.

O procedimento da mediação extrajudicial, como referido, é previsto na legislação e pode ser desenvolvido em três etapas – sem desconsiderar que a mediação pode ser regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (Art. 166, § 4º, do Código de Processo Civil): a) início; b) desenvolvimento; e c) encerramento.

¹³⁴ Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

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

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

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação**. DOU 29.06.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

¹³⁵ A título exemplificativo: mediação comunitária, mediação escolar, mediação na Administração Pública, etc.

O *início* pode ter origem contratual ou por iniciativa direta de qualquer uma das partes (Art. 21, 22 e 23, Lei nº 13.140/2015). Portanto, a *convenção de mediação* pode acontecer por meio de cláusula contratual ou convite. Portanto, a convenção de mediação pode acontecer previamente ao conflito, de maneira preventiva, por meio de cláusula, ou posteriormente ao conflito, havendo ou não processo judicial ou arbitral em andamento – no caso de existir processo judicial ou arbitral em andamento, as partes deverão pedir a suspensão do processo (Art. 16, Lei nº 13.140/2015). Após, as partes deverão escolher os mediadores (Art. 15, Lei nº 13.140/2015) que conduzir o procedimento, considerando que o mediador seja *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* (Art. 9º, Lei nº 13.140/2015). Os critérios para a designação dos mediadores podem ou não estar previstas na cláusula compromissória e a mediação poderá ser institucional (Centro ou Câmara de Mediação) ou *ad hoc* (*profissional autônomo*).

O *desenvolvimento* da mediação é iniciado quando da primeira reunião (Art. 17, Lei nº 13.140/2015) e seguirá com as reuniões conforme for estabelecido entre mediadores e partes, sendo que o mediador poderá se reunir com as partes conjunto ou separadamente (Art. 18 e 19, Lei nº 13.140/2015).

O *encerramento* da mediação se dará *com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes* (Art. 20, Lei nº 13.140/2015), indicando o parágrafo único que o *termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial*. Com a ressalva de que o *consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público* (Art. 3º, § 2º, Lei nº 13.140/2015).

3.5. Princípios gerais aplicáveis à mediação extrajudicial

Os princípios norteadores da mediação compõem a essência autocompositiva do processo e do procedimento mediativo e compromete todos os atores envolvidos

a fim de que esse processo seja desenvolvido a partir da garantia de observância desses norteadores, a fim de se obter um processo e uma decisão justa.

A presença do advogado é fundamental para o desenvolvimento da mediação. Para fins da presente pesquisa, considera-se o advogado como um dos atores presentes no procedimento, ainda que a lei assinala a facultatividade da presença desse profissional (Art. 10, Lei nº 13.140/2015).

O procedimento da mediação extrajudicial resta previsto na Lei nº 13.140/2015 e chancelado pelo Código de Processo Civil. Sendo assim, passará a se analisar as particularidades dessas previsões em relação aos princípios aplicáveis à mediação extrajudicial. Ainda, o princípio da autonomia de vontade será analisado como vetor interpretativo das normas jurídicas que estabelecem o âmbito de juridicidade da mediação no Código de Processo Civil.¹³⁶

Essas prerrogativas serão analisadas sistematicamente a partir da doutrina e da legislação. No Código de Processo Civil, fundamentalmente nos artigos 165, §3º, e 166, a Lei de Mediação e o Código de Ética da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

A mediação enquanto processo pressupõe o respeito aos princípios inerentes a um meio de resolução de conflitos. Nesse âmbito de autocomposição, o processo e o procedimento mediativo devem seguir um rumo justo para que o possível entendimento construído entre as partes atenda uma decisão informada e adequada. A mediação possui fundamentos distintos do processo civil, no entanto, possui técnica e princípios que a conformam como um processo autocompositivo e que, portanto, pode ser analisado a partir de parâmetros processuais adequados como critérios a serem observados pelos mediadores, partes e advogados em busca de uma justa composição do conflito.

Os princípios aplicáveis à mediação podem ser encontrados na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e no Código de Processo Civil.

Na Lei nº 13.140/2015, há a previsão dos princípios no Art. 2º, quais sejam: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV -

¹³⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A paz social na Constituição de 1988**: o preâmbulo da Constituição como porta de acesso à mediação. Disponível em: www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-a-paz-social-na-constituicao-de-1988-o-preambulo-da-constituicao-como-porta-de-acesso-a-mediacao. Acesso em: 15 jan. 2020.

informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; e VIII - boa-fé.

O Código de Ética previsto na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, apresenta regras e princípios aplicáveis à mediação e conciliação judiciais mas que podem ser analisados e aplicados no escopo da mediação extrajudicial. São princípios e garantias que regem a atuação do terceiro facilitador: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Ainda, há uma diferenciação quanto às regras que regem o procedimento autocompositivo, consideradas normas de conduta a serem observadas pelos facilitadores para o bom desenvolvimento do processo permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: I – Informação; II - Autonomia da vontade; III - Ausência de obrigação de resultado; IV - Desvinculação da profissão de origem; e V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação.

No Código de Processo Civil, no art. 166, o legislador elencou os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A destacar confidencialidade que *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*. O sigilo deriva do princípio da confidencialidade e vincula todos os participantes da mediação a obrigação de não *divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação*. Ainda, a confidencialidade se estende também as reuniões privadas que eventualmente o mediador pode realizar com as partes.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho aponta que “a confidencialidade é o instrumento que confere este elevado grau de compartilhamento para que as partes se sintam à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas, que certamente não exteriorizariam num procedimento orientado pela publicidade”¹³⁷. E, mais, “a confidencialidade resguarda a proteção do processo em si e de sua real finalidade, evitando, com isso, que se chegue a resultados

¹³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 949.

distorcidos em favor daquele que se utilizou de comportamentos não condizentes com a boa-fé”¹³⁸.

O Código de Processo Civil dá especial atenção ao princípio da confidencialidade nos §§ 1º e 2º do art. 166 e a Lei nº 13.140 aponta as exceções à confidencialidade, no art. 31, § 3º e 4º.

Ainda, como característica do processo autocompositivo de mediação, o Código menciona possibilidade de *aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição*.

O mediador não sofrerá qualquer pressão ou imposição interna ou externa ao procedimento – portanto, com independência -, de modo que possui autonomia para recusar a função, suspender ou encerrar o procedimento mediativo quando verificar que as condições necessárias não estão sendo observadas pelos envolvidos.

Ao mediador também se aplicam as hipóteses de impedimento e suspeição previstas no CPC, no art. 148, II, conforme refere, inclusive, o art. 5º da Lei de Mediação. Trata-se de um dever do mediador, ao verificar qualquer hipótese de impedimento ou suspeição, antes ou depois de iniciado o procedimento, tomar as providências e informar as partes e o juízo competente, se for o caso.

O mediador deve colocar-se equidistante em relação às partes de modo a manter-se neutro em relação às questões discutidas. A imparcialidade é elemento de credibilidade, competência e ética do mediador, que deve atuar de maneira adequada enquanto um terceiro que conduz o procedimento mediativo e não propõe qualquer tipo de solução para o conflito.

O Código de Processo Civil prevê a autonomia no processo litigioso, quando prevê a possibilidade de negócios jurídicos processuais, no art. 190, e também prevê a existência desse princípio como norteador procedimental dos meios consensuais de resolução de conflitos.

Na mediação, a autonomia é a expressão comportamental da autocomposição, uma vez que caberá às partes o empenho de buscar soluções possíveis para os conflitos. A autonomia também representa um limite para o mediador, uma vez que dentro da lógica autocompositiva, não é possível que se induza ou imponha uma resolução para o conflito.

¹³⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 949.

Gerar um espaço de confiança e garantir a proteção de que no caso de ausência de acordo as informações não sejam utilizadas em processo judicial, seja como meio de prova documental ou testemunhar, uma vez que é vedado que os mediadores sirvam de testemunha em um eventual processo judicial que verse sobre o mesmo objeto da mediação.

A oralidade representa a essência do processo dialógico da mediação. Via de regra, todo o processo acontece de maneira oral, dispensando a produção de documentos escritos, apenas o termo que encerra o procedimento, havendo acordo ou não (Art. 20, Lei nº 13.140/2015).

O processo de mediação deve respeitar os princípios norteadores, no entanto, no que diz respeito a dinâmica da mediação, essa é regida pela informalidade como elemento catalisador da autocomposição e autonomia de vontade das partes. Tanto os mediadores quanto as partes tem liberdade para estabelecer as regras procedimentais da mediação, a exemplo do que trata o art. 155, § 4º do Código de Processo Civil, *a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.*

A legitimidade do que é decidido em mediação, pressupõe o pleno esclarecimento acerca de direitos e deveres que decorrem das decisões tomadas pelas partes, dos limites legais quanto a disponibilidade dos direitos transacionáveis. A presença de advogados na sessão de mediação contribui com o controle de juridicidade que deve ser conferido ao termo de entendimento oriundo da negociação havida entre as partes. Ainda, os advogados têm o dever de zelar pela viabilidade do cumprimento do acordo, portanto, esclarecer as obrigações que decorrem do acordo também é função exercida pelo advogado a fim de garantir o entendimento do que foi acordado pelas partes. Esse compromisso dos envolvidos na mediação possível a concretização do princípio da decisão informada.

Ainda, a boa-fé permeia a prerrogativa de participação dos envolvidos no procedimento e “se situa não no campo da moral, mas da ética, do respeito à verdade em si, para a construção do consenso”¹³⁹.

¹³⁹ NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62.

E, por isso, merece destaque algumas considerações: “a boa-fé representa a fixação, a partir da norma constitucional, de um fio condutor das relações humanas, mediadas ou não pelo Estado-juiz, para o atingimento concreto de justiça social”¹⁴⁰.

Para os autores, “a liberdade, princípio gestor das relações sociais, não mais pode significar, na ordem constitucional vigente, o espaço da ausência de responsabilidade. Ao revés, o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem constitucional”¹⁴¹.

A autonomia da vontade se insere na mediação a partir de um contexto concretizador e da “ garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição”¹⁴², pois “[...] a aproximação dos sujeitos e a busca comum para a resolução de um litígio representa, dessa maneira, alternativa para a realização efetiva da justiça ao caso concreto.

Para os autores vale dizer:

[...] as práticas não adversariais de solução de controvérsias representam a transposição da cultura do litígio para a cultura da recomposição dos interesses. O ideal constitucional de sociedade, fundada na liberdade e na igualdade material, na solidariedade e no acesso de todos aos direitos fundamentais, não se alinha, por sua essência, com a prática conflituosa. Em uma sociedade complexa, com interesses multifacetados e díspares, a existência de conflitos de interesses é inevitável. A solução destes conflitos, a seu turno, norteadas pela aglutinação dos interesses em torno do bem comum e da realização concreta da justiça social, não deve possuir um único meio de realização. Se, para determinadas hipóteses, a atuação do Estado-juiz faz-se necessária para garantir se não a pacificação, ao menos a salvaguarda de direitos, há hipóteses que o império da jurisdição apenas põe fim à demanda, restando presente insolúvel o conflito de interesses anunciado. Para tais hipóteses, é preciso que se viabilizem mecanismos sistematicamente ordenados para que a um só tempo pacifique o conflito e concretize a ordem constitucional de forma integrativa¹⁴³.

A autonomia de vontade é expressão máxima para a realização da mediação extrajudicial. O princípio da autonomia de vontade que incide na mediação

¹⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

¹⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

¹⁴² FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

extrajudicial se manifesta desde o momento em que as partes convencionam que irão optar por esse meio de resolução de conflito. Pode-se dizer que há um pacto relativo à adesão das partes ao processo autocompositivo, pois a autonomia deve ser “interpretada a partir de resignificação desta categoria já construída no âmbito do Direito Civil, conectando processo e Direito Material no ambiente constitucional. A releitura constitucional do autoregulamento do campo jurídico destinado aos interesses interprivados encontra assento nas possibilidades hermenêuticas do projeto do novo Código de Processo Civil. Impende não mitigá-las”¹⁴⁴.

Para que a convenção seja válida deve existir a autonomia, a voluntariedade e a boa-fé das partes. Esses três princípios são propulsores do processo, mas devem ser perenes, pois somente haverá procedimento de mediação se todos os atores estiverem comprometidos em garantir a autonomia de vontade das partes em tomar decisões, a voluntariedade em permanecer no procedimento e o exercício da boa-fé como prerrogativa da busca pelo consenso – uma vez que não se trata de um processo voltado para o convencimento de um terceiro, por meio de produção de provas, por exemplo.

A imparcialidade do mediador é prerrogativa para o processo “não-vertical” e “não-impositivo” da autocomposição. O terceiro imparcial tem a função de ser um facilitador da negociação entre as partes – atores capazes e com autonomia para o exercício de direitos e deveres.¹⁴⁵

Aqui, faz-se valer da concepção apresentada por Camila Nicácio, que apresenta a mediação como um modo não-vertical de regulação social “no qual, pela mobilização de um processo ternário, os cidadãos são associados a fim de criar/reparar laços sociais e/ou prevenir/resolver um conflito, a partir de uma

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

¹⁴⁵ “Um outro objetivo é o encorajamento dado pelo mediador a cada uma das partes, para que estas tenham consciência de sua capacidade de resolver seus próprios conflitos e ganhem autonomia. Este último objetivo está ligado à noção de empoderamento das partes. Empoderar uma parte é fazer com que ela adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades. Isso é útil em dois momentos do processo de mediação, dentro do próprio processo e ao seu final. No próprio processo como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão. Ao final porque o empoderamento consiste em fazer com que a parte descubra, a partir das técnicas de mediação aplicadas no processo, que tem a capacidade ou poder de administrar seus próprios conflitos. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016. p. 211.

concepção alargada de direitos que considere a diversidade de substratos normativos, legitimados no contexto de cada processo específico”¹⁴⁶.

A lei, com o intuito de garantir a imparcialidade do mediador, prevê como aplicáveis ao mediador as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição aplicáveis magistrados (Art. 5º, Lei nº 13.140/2015).

O processo autocompositivo da mediação não tem como finalidade absoluta o alcance de um acordo e, sim, o tem como consequência de um compromisso voltado para a construção de um espaço de comunicação entre as partes, pois, como referido, além do acordo, a mediação pode atuar na criação, reparação e manutenção de laços afetivos e sociais, bem como na prevenção de conflitos.

Ainda, nota-se “a aptidão da mediação para fazer emergir normatividades ‘sob medida’, ancora-se na evidência, uma vez integrada na vida dos indivíduos e dos grupos como uma ferramenta cotidiana permitindo o exercício alargado da cidadania¹⁴⁷”.

A voluntariedade está estreitamente ligada ao elemento de autonomia da vontade ou autodeterminação das partes e do dever do mediador em promover um espaço adequado para que os envolvidos exerçam essas prerrogativas inerentes ao processo autocompositivo. Portanto, a voluntariedade depende tanto das prerrogativas éticas que regem a atividade do mediador como um terceiro imparcial quanto da disposição das partes em negociarem dentro da lógica autocompositiva.

A voluntariedade enquanto princípio opera em relação a adesão das partes em participarem da mediação e de permanecerem em mediação. Da mesma forma que, indiretamente, atua em relação à atividade do mediador que, a qualquer tempo, pode dar por encerrada a mediação.

Só há mediação se houver livre consentimento das partes, com o desejo de permanecer e aderir ao processo, sem pressão ou coações. A ressalva que a lei faz, que pode implicar na voluntariedade, Lei nº 13.140/2015, é procedimental e diz respeito à hipótese de que se houver previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação (Art. 2º, § 1º). Cabe ressaltar que, ainda assim, as partes, após comparecerem à primeira reunião de mediação não são obrigadas a permanecer na mediação.

¹⁴⁶ NICÁCIO, Camila Silva. Mediação de conflitos e emergência normativa. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 141-171, jul./dez. 2018. p. 156 e 157.

¹⁴⁷ NICÁCIO, Camila Silva. Mediação de conflitos e emergência normativa. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 141-171, jul./dez. 2018. p. 167.

Enia Cecilia Briquet¹⁴⁸ trabalha, influenciada por Michael Coyle, a partir de uma lógica voltada para a distinção de Justiça/equidade substantiva (quanto aos resultados) e justiça/equidade processual (quanto ao processo) que será levada em conta para a análise da atividade exercida por um terceiro imparcial na mediação.

Coyle, sobretudo, apresenta alguns pontos conclusivos em seu texto que merecem destaque e que serão sistematicamente analisados na sequência:

Dealing with fairness in the mediation process is a legitimate concern of mediators, disputants, and policymakers alike. There are several advantages of adopting the framework suggested above for **dealing with issues of fairness within mediation**. First, the various model standards of practice that to date have been adopted by mediation practitioners tend to offer little practical guidance to mediators in terms of **how to balance their duties in addressing issues of apparent unfairness in negotiation behaviour**. Second, the model proposed is context-based, permitting the mediator to respond to the overall objectives of the mediation in question and the parties' expectations in relation to the process. If neither of the parties at the outset, upon reflection and upon receiving appropriate independent advice, nor applicable policy or mediation objectives, raise concerns about the consequences of particular types of negotiation conduct, then party autonomy in that regard will normally be relatively unfettered. Third, the model directs the mediator to reflect upon negotiation behaviour and mediator response within a framework that takes into account the functional goals of mediation. Fourth, the model should promote creativity in the tactics adopted by the mediator in "solving" the problem of dealing with unfairness. Fifth, the model encourages transparency and predictability in the mediator's role, and is thus conducive to consensual and effective mediation. Finally, adoption of the model should encourage **prevention of unexpected dilemmas in the mediation process, through its focus on adopting appropriate ground rules for the mediation at the outset**¹⁴⁹ [grifo nosso].

Para Bush “as partes controlam o resultado, mas o mediador controla o processo”¹⁵⁰. Autonomia da vontade das partes “significa garantir às partes o poder de optarem pelo processo uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o

¹⁴⁸ BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação**: teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 97.

¹⁴⁹ COYLE, Michael. Defending the weak and Fighting unfairness: can mediators respond to the challenge? **Osgoode Hall Law Journal**, 1998.

¹⁵⁰ “What is also clear is the principle that in all these stages of mediation, the mediator is the one who controls and conducts the process at every stage, and effective mediation practice requires the exercise of considerable control, direction, and influence to "keep the process moving" toward the goal of settlement. This operating principle of mediator process control, despite the centrality of the value of self-determination in the mediation process, is often explained with the conventional wisdom that "the parties control the outcome, but the mediator controls the process". In BUSH, Robert A. Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. **Ohio St. J. on Disp. Res.**, 1995 (2004). Available at: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/646.

conflito da maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo”¹⁵¹.

Portanto, a atividade exercida pelo terceiro imparcial, o mediador, possui elemento subjetivo quanto a escolha desse terceiro, que diz respeito a confiança, ou seja, pode ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes, e critérios voltados para que a atividade do mediador seja precedida de uma adequada capacitação.

Ainda, esse terceiro deverá observar as regras deontológicas da atividade, que poderão ser adotadas conforme textos normativos existentes (Resolução nº 125/2010 do CNJ, Lei de Mediação, Código de Processo Civil e Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - CONIMA).

Portanto, a partir do Código de Ética para Mediadores elaborado pelo CONIMA¹⁵², destaca-se que o mediador possui um compromisso de atuação frente às partes e ao processo:

A escolha do Mediador pressupõe relação de confiança personalíssima, somente transferível por motivo justo e com o consentimento expresso dos mediados. Para tanto deverá:

DO MEDIADOR FRENTE ÀS PARTES - 1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da Mediação; 2. Esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento. 3. Utilizar a prudência e a veracidade, abstando-se de promessas e garantias a respeito dos resultados; 4. Dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra; 5. Esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte; 6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder; 7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir; 8. Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo. 9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes. 10. Observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.

DO MEDIADOR FRENTE AO PROCESSO - O Mediador deverá: 1. Descrever o processo da Mediação para as partes; 2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo; 3. Esclarecer quanto ao sigilo; 4. Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação; 5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados; 6. Sugerir a busca e/ou a participação de

¹⁵¹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos). p. 35.

¹⁵² Disponível em: http://www.conima.org.br/codigo_etica_med. Acesso em: 15 jan. 2020.

especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade; 7. Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal; 8. Suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes; 9. Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.

Assim entendem-se as diretrizes principiológica da mediação – aplicáveis à mediação extrajudicial – que servirão da base para as análises que serão feitas na sequência.

3.6 Regime jurídico positivado em sede de mediação extrajudicial no diálogo entre o Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015

A mediação extrajudicial possui um regime jurídico que é legitimado pelo microsistema jurídico de autocomposição previsto no Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/2015. É possível verificar normas norteadoras que coadunam com a tônica de cooperação do Código de Processo Civil e que complementam as regras da lei específica e validam o que é produzido no âmbito da mediação extrajudicial. Aqui pretende-se demonstrar, além do regime jurídico da mediação extrajudicial, o possível diálogo entre normas e princípios do processo civil e da mediação, tendo em vista que os princípios elencados no Código já foram apresentados no tópico anterior.

O art. 3º é verdadeira norma promocional, pois aplica-se tanto âmbito judicial, no decorrer do procedimento do processo civil, quanto em âmbito extrajudicial, uma vez que a solução consensual dos conflitos passa a fazer parte do compromisso do Estado como uma de suas atividades, deixando de ser o processo judicial o único foco do Código de Processo Civil.

Quanto a mediação extrajudicial, importa mencionar que esse compromisso por parte do Estado também fomenta a cultura da autocomposição, uma vez que a tentativa de solução extrajudicial consensual é dever também dos advogados, conforme previsão do Código de Ética e disciplina da OAB, art. 2º, VI, “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Ato contínuo, ainda em relação às normas fundamentais do processo civil, pode-se destacar o princípio da cooperação – ou da colaboração – que decorre do art. 6º, apresentando o processo como locus de atividade cooperativa entre juiz e partes. O dever de cooperação orienta o magistrado a ser um agente colaborador do processo e participante ativo deste. No entanto, o dever de colaborar com a prestação jurisdicional corresponde a um dever de conduta de todos aqueles que atuam no processo, pois esse compromisso atua em prol da tutela efetiva, célere e adequada.¹⁵³ Para Elpídio Donizetti “O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico”¹⁵⁴.

Tal princípio pode ser importado para o processo autocompositivo, uma vez que se tem como premissa de atuação do mediador e das partes conduta voltada para cooperação, por se tratar também de concretização e tutela de direitos. Assim como o juiz no processo, o mediador deve atuar de maneira equidistante e imparcial, a cooperação é dever, mas também limite na natureza da atuação do mediador. O advogado atua cooperativamente em relação ao procedimento, mas encontra o limite do que diz respeito a defesa de seu constituinte. Mediadores e advogados empreenderão técnicas e esforços para que se tenha um processo e uma resolução justa na tutela de direitos das partes. Tal princípio anda a par e passo com a boa-fé, princípio compartilhado entre o processo civil e a mediação como imperativo das relações processuais.

Seguindo nas possibilidades de aproximações da prática processual do processo civil e da mediação, faz-se valer das ideias de Elpídio Donizetti ao elenca balizas acerca da atividade processual cooperativa, sem deixar de destacar que esses são alguns deveres a serem implementados pelo juiz: “(a) dever de esclarecimento: consiste na obrigação do juiz de esclarecer às partes eventuais dúvidas sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo; (b) dever de consulta: representa a obrigação de o juiz ouvir previamente as partes sobre as questões de fato ou de direito que possam influenciar o julgamento da causa. Ele está, portanto, ligado ao princípio do contraditório, no qual se insere a possibilidade de as partes influenciarem no convencimento do magistrado; (c) dever de

¹⁵³ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. [Recurso Eletrônico].

¹⁵⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. [Recurso Eletrônico].

prevenção: cabe ao magistrado apontar as deficiências postulatórias das partes, para que possam ser supridas, por exemplo, por meio de emenda à petição inicial; (d) dever de auxílio: obrigação do juiz de auxiliar a parte a superar eventual dificuldade que lhe tolha o exercício de seus ônus ou deveres processuais; não cabe ao juiz, obviamente, suprir deficiência técnica da parte; (e) dever de correção e urbanidade: deve o magistrado adotar conduta adequada, ética e respeitosa em sua atividade judicante.”

Esses deveres, encontram também relação com os deveres que orientam a conduta do mediador na condução do processo autocompositivo. A destacar as regras que regem o procedimento de mediação judicial, mas que podem ser empregadas na mediação extrajudicial, pois dizem respeito ao procedimento mediativo e normas de conduta a ser observadas pelos mediadores. Porquanto, no art. 2º do Código de Ética da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, prevê como regras: *I - **Informação** - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo; II - **Autonomia da vontade** - 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 qualquer momento; III - **Ausência de obrigação de resultado** - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles; IV - **Desvinculação da profissão de origem** - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos; V - **Compreensão quanto à conciliação e à mediação** - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.*

Esse modelo de processo cooperativo também encontra guarida nos preceitos do processo justo, tema que será abordado oportunamente no segundo capítulo.¹⁵⁵

No título em que o Código trata do juiz e dos auxiliares da justiça, o capítulo inaugural trata dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz e aqui vale mencionar o art. 139 que evidencia o compromisso do juiz ao dirigir o processo com o compromisso de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. O primeiro destaque se faz quanto a escolha do legislador pelo uso da palavra “preferencialmente” quanto ao auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Considerados auxiliares da justiça (Art. 149), mostra-se coerente que âmbito judicial a mediação judicial seja conduzida por mediadores judiciais, mas o mesmo dispositivo quando do uso da palavra “preferencialmente” não exclui a possibilidade de que o juiz autorize a suspensão do processo para que as partes submetam o conflito à mediação extrajudicial.¹⁵⁶

O art. 165 do Código e seus parágrafos 2º e 3º faz a diferenciação entre a atuação do conciliador e do mediador. Sem considerar os requisitos previstos em lei para atuação do mediador judicial e extrajudicial (Art. 167, CPC, e art. 9º da Lei 13.140/2015), pode-se utilizar o parâmetro apresentado pelo Código para atuação do mediador extrajudicial.

O art. 167 se ocupa em regular as atividades das câmaras privadas de conciliação e mediação. Porém o destaque é direcionado ao art. 168 que prevê que as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação e, ainda, no § 1º, indica que *o conciliador ou mediador escolhido pelas partes **poderá ou não estar cadastrado no tribunal,***

¹⁵⁵ “Decorre disso que detém o magistrado deveres de (i) esclarecimento (ao elucidar eventuais dúvidas); (ii) diálogo (colher o posicionamento das partes, visando delimitar a controvérsia e formar sua convicção); (iii) auxílio e (iv) prevenção (ambos em aspectos inerentes à superação das etapas processuais: intimações, colheita de provas, constrição de bens etc.)”. ALVIM, Angélica Arruda (Coord.) [et al.]. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Recurso Eletrônico].

¹⁵⁶ É também o entendimento do magistrado Roberto Arriada Lorea: [...] Reforça esse entendimento o fato de que o artigo 139, inciso V, do NCPC, estabelece que incumbe ao juiz promover a autocomposição, a qual será realizada “preferencialmente” com o auxílio de mediadores judiciais. Ora, se a mediação no âmbito do Judiciário deve ser preferencialmente feita por mediadores judiciais, resta evidente que também pode ser feita por mediadores privados. Entender de forma diferente seria esvaziar de sentido a previsão legal. In LOREA, Roberto Arriada. *Mediação Privada no juízo de Família. Empório do Direito*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/mediacao-privada-no-juizo-de-familia-1508243333>. Acesso em: 18 nov. 2019.

devendo localmente ser verificada conveniência e critérios a serem utilizados para o cadastro de câmaras e mediadores.¹⁵⁷

Oportuno mencionar as duas possibilidades de produção antecipada de provas previstas no art. 381. A primeira sobre a possibilidade de viabilizar a autocomposição (art. 381, II)¹⁵⁸, essa previsão privilegia a autonomia do direito à produção da prova ao possibilitar que esse seja um meio de viabilizar a autocomposição e, ainda, **atende o princípio da decisão informada**, também previsto no art. 166, caput, do CPC.¹⁵⁹ E a segunda sobre a possibilidade de se evitar o litígio caso determinada prova seja antecipadamente produzida (art. 381, III). Especialmente, em relação aos resultados oriundos da mediação, que podem ser formalizados por um termo de entendimento, verifica-se a regulação desse termo no art. 515 que reconhece como título executivo judicial *a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza*. E, ainda mais importante, previsão do art. 784 que reconhece como título executivo extrajudicial *o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal*, pois indiretamente reconhece que a homologação do termo de entendimento oriundo de uma mediação extrajudicial – título executivo extrajudicial – se configura como uma faculdade, excetuado a que preceitua o art. 20 da Lei nº 13.140/2015.

O regime jurídico da mediação extrajudicial previsto no CPC pode ser classificado da seguinte forma: a) recepção do instituto da mediação em âmbito extrajudicial; a1) respeito da autonomia pela escolha de desse método de acesso à justiça sem jurisdição; a.2) possibilidade de suspensão do processo judicial para a realização de mediação extrajudicial; b) recepção do título executivo obtido em sede de mediação; c) normas de cumprimento do título. Classificação secundária quanto ao controle de juridicidade: a) presença dos advogados; b) homologação do título e oitiva do Ministério Público em casos de direitos indisponíveis; c) prerrogativas éticas do mediador.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁵⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. [Recurso Eletrônico].

¹⁵⁹ DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 46.

REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIÇÃO EXTRAJUDICIAL À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

4 A IMPORTÂNCIA DO ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIÇÃO EXTRAJUDICIAL

4.1 Considerações gerais

Bruno Augusto Prenholato desenvolve a ideia de juridicidade a partir da compreensão de que seja algo que é formado ou construído com características jurídicas, “é algo que guarda em sua formação o caráter de justiça. A juridicidade compreende, portanto, o direito justo, ou ainda, o direito legítimo”¹⁶⁰.

Pode-se iniciar o estudo da concepção de juridicidade no contexto da mediação definindo-a como “atribuição de axiologia jurídica a fatos que, *a priori*, não poderiam ser reconhecidos juridicamente. Em outras palavras, é dizer que a juridicidade pode conferir relevância jurídica à mera existência fática de determinadas situações, algo inimaginável sob o prisma legalista/positivista”¹⁶¹.

Ao abordar o controle de juridicidade, Prenholato apresenta que “dentro de uma perspectiva constitucional, o controle funciona como um sistema de proteção a própria constituição. Enquanto a ordem constitucional representa as linhas gerais do Estado, estrutura, órgãos e etc., estabelecem-se também, as diretrizes e limites ao conteúdo da legislação que surge nesse contexto”¹⁶².

A Constituição Federal representa a base axiológica para se discutir o controle de juridicidade. Para que o sistema que representa o Estado Democrático de Direito funcione de forma eficaz e atinja seus resultados, além de uma ordem jurídica instrumentalizada através de normas, é preciso que se reconheça a

¹⁶⁰ PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. **REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-125, jul./dez. 2014.

¹⁶¹ FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. **Princípio da juridicidade. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁶² PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. **REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-125, jul./dez. 2014.

funcionalidade de mecanismos complementares ao Estado com o fim de efetivar direitos e deveres fundamentais, tendo em vista que “a juridicidade da norma não supõe, necessariamente, que ela seja imposta aos destinatários, nem que venha ou seja levada em transcendência, nem que ela lhe seja estranha a esses destinatários”¹⁶³.

Considerando que há uma normatividade fixada na mediação, ou seja, um conjunto de normas que incidem no processo e conferem juridicidade ao procedimento, esse mecanismo de autocomposição se insere num sistema jurídico em que há uma necessidade de que a mediação seja normativamente compatível com a ideia dominante de justiça, uma vez que “cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva”¹⁶⁴.

A análise acerca do âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial, portanto, considera que existe um âmbito de normatividade próprio da mediação composto, dentre outros comandos, por normas veiculadoras de direitos fundamentais que exercem influência sobre o regime jurídico previsto no Código de Processo Civil e na Lei nº13.140/2015.

4.2 Dimensões de juridicidade na mediação segundo Etienne Le Roy

O marco teórico sobre a incidência de juridicidade na mediação surgiu a partir da leitura do texto intitulado *O lugar da juridicidade na mediação* de Etienne Le Roy.

O autor propõe uma análise que abrange concepções de mediação, juridicidade, justiça e direito. E nessa linha, apresenta como problemática a necessidade de responder se as formas e procedimentos utilizados na mediação devem ser necessariamente abrangidos pelo direito, bem como, afirma que se a mediação for considerada um objeto jurídico, ela destaca mais a juridicidade do que o direito. Nesse sentido, o autor justifica a sua pesquisa expondo que existe um

¹⁶³ NICOLAU, Gilda. **Entre Mediação e Direito**: elementos para uma nova *ratio* jurídica. Meritum – Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 325-392, jul./dez. 2012.

¹⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015. p. 76.

campo próprio em que se pratica a mediação, que seria delimitado “entre o direito e o social não jurídico”¹⁶⁵.

Em sede de concepção da mediação, o autor expõe que “a mediação é, primeiramente, uma escola de cidadania com senso de responsabilidade, de conhecimentos de competências, de respeito pelo outro e de gosto pela decisão”¹⁶⁶.

O autor considera uma definição de mediação proposta por Michèle Guillaume-Hofnung e faz destaque a temas que derivam do conceito, destacando-os como sendo de origem jurídica ou com forte conotação jurídica, quais sejam: *autoridade, autonomia, responsabilidade, imparcialidade, independência, poder de decisão ou consultivo, prevenção ou regulamentação*. Esses temas serão levados em consideração para posterior análise, uma vez que existe uma afinidade conceitual com o autor que demonstra que existe um campo normativo próprio da mediação que é compatível com a ideia dominante de justiça e que, portanto, incidem normas jurídicas.

São apresentadas três premissas¹⁶⁷: a) a mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena; b) a mediação não precisa do direito para dispor de formas adaptadas para resolução de controvérsias. Ela dispõe de seus próprios suportes; c) a mediação não responde a todos os problemas nem a todos os litigantes. Essas premissas não se afastam da hipótese da presente pesquisa, pois podem ser analisadas de maneira complementar, ainda que a tendência é de que se confirme a incidência do direito fundamental ao processo justo como vetor interpretativo do processo autocompositivo da mediação e que, portanto, os resultados obtidos na mediação representam uma expressão de justiça.

Orlando Villas Bôas Filho faz profundas considerações críticas acerca da concepção de juridicidade proposta por Etienne Le Roy, fundamentalmente, da relação existente com o direito. Passa-se a destacar os aspectos relevantes para a concepção de juridicidade na mediação. O autor remete que a juridicidade pode ser tratada como “um campo de forças atravessado pelas tensões inerentes à vida social e no qual há a pressão por obtenção de soluções para os conflitos. Contudo,

¹⁶⁵ LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012. p. 317-318. p. 291.

¹⁶⁶ LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012. p. 317-318. p. 319.

¹⁶⁷ LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012. p. 317-318. p. 301.

sendo abordada conceitualmente, a juridicidade alça-se ao patamar de ‘conceito-reitor’ (concept-recteur) de uma ‘antropologia dinâmica das regulações sociais’¹⁶⁸.

Para Le Roy, a juridicidade transcende e engloba o Direito, uma vez que este é um mecanismo específico de regulação, pois é enfático ao considerar que o direito não é autônomo, universal ou isento de efeitos sociais. Apesar de considerar que o direito pode ser caracterizado por sua pretensão de autonomia, enquanto a juridicidade encontraria na heteronomia (interdependência entre diversos conjuntos normativos) o seu traço distintivo

A proposta do autor é de que seja possível procurar a juridicidade em três dimensões complementares de experiência de mediação. As três dimensões de juridicidade identificadas por Etienne Le Roy¹⁶⁹ serão objeto da pesquisa, quais sejam a) objetivos que se fixam nos mediandos; b) a juridicidade na mediação pode ter procedimentos típicos mobilizados para avançar a resolução do problema; e c) resultados obtidos.¹⁷⁰

Os objetivos que se fixam nos mediandos estão ligados ao espaço colaborativo de possibilidade de diálogo proporcionado na mediação, em que os mediandos e mediadores encontram na alteridade – escuta ativa – a possibilidade de encontrar uma solução para a controvérsia.

Para a segunda dimensão, a autor assinala um modus operandi na mediação fundado numa “teoria ou exposição de problemas e de argumentos,

¹⁶⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 109, p. 281-325, jan./dez, 2014. p. 295.

¹⁶⁹ “Proponho procurar a juridicidade em três dimensões complementares de experiência de mediação. Primeiramente, podemos descobri-la nos **objetivos que se fixam nos mediandos** (mediados, segundo a parte mais ou menos ativa da decisão que eles tomam nas controvérsias) resolvendo problemas (de vida quotidiana, de coabitação, de violências psicológicas, etc.) que numa condenação judiciária não pode satisfazer ou invocar normas [grifo nosso]. Por essa razão, é preciso interrogar os hábitos, os modelos de conduta e de comportamentos e confrontar aqueles que são usualmente mobilizados num contexto e os que foram efetivamente utilizados. Do reconhecimento de um erro, de um problema ao qual somente os mediadores/mediados poderão dar uma resposta nasce a possibilidade de um diálogo. Em segundo lugar, **a juridicidade na mediação pode ter procedimentos típicos mobilizados para avançar a resolução do problema** (grifo nosso). [...] Enfim, a terceira dimensão da juridicidade poderia ser associada aos **resultados obtidos**, ou seja, mais a uma conciliação/reconciliação que a uma condenação (grifo nosso). A mediação não é um tribunal, então não equivale atribuir a cada um o que ele merece.” In: LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012. 317-318.

¹⁷⁰ A autora já realizou pesquisa voltada para análise do controle de juridicidade na mediação no texto QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. **Controle de juridicidade no âmbito da mediação judicial e o respeito aos direitos fundamentais das partes**. In I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC, 2016, Porto Alegre. I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

crises, confrontação de diferentes versões para prevalecer a verdade dos fatos e catarse, pacificação para a purificação de uma controvérsia dominada ou regulada”¹⁷¹. E, nesse aspecto será analisado o contraditório presente no processo autocompositivo, como requisito de um processo de participação dialógica das partes.

Os resultados obtidos, enquanto terceira dimensão, relacionam-se ao produto de um processo que observa prerrogativas estruturantes e tem a satisfação das partes como elemento fundamental de uma decisão informada que se constitui em um acordo, sem que um terceiro precise adjudicar um resultado distributivo.

Transposta tal construção ao universo do âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial na realidade brasileira, propõe-se a seguinte sistematização:

DIMENSÕES DE JURIDICIDADE E OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Quadro 1 – Dimensões de juridicidade e os princípios da mediação

DIMENSÕES DE JURIDICIDADE	PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO
Objetivos que se fixam nos mediandos	autonomia da vontade das partes; busca do consenso; boa-fé; empoderamento e validação
Procedimentos típicos mobilizados para avançar a resolução do problema	imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; confidencialidade; independência; competência;
Resultados obtidos	decisão informada; respeito à ordem pública e às leis vigentes;

Fonte: A autora (2020)

Ainda, a juridicidade está pautada por meio de três fundamentos: a) Leis/Normas gerais e impessoais (NGI); b) Modelos de condutas e comportamentos (MCC); e c) Sistemas de disposições duráveis (SDD). A mediação estaria vinculada ao terceiro fundamento da juridicidade (SDD). Aqui importa a relação da juridicidade com a mediação e, nesse sentido, o autor explora algumas premissas da mediação que podem ser relevantes para a pesquisa. Para ele, a mediação responde a um problema de sociabilidade, de reconhecimento de uma relação social que reproduz, que, em um processo clássico, a solução adjudicada pode gerar uma apropriação

¹⁷¹ LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012. p.317-318. p. 318.

social sem observar suas implicações e, portanto, sem ter uma missão educativa voltada para a restauração de uma relação, como é o caso da mediação.¹⁷²

Para o autor, enquanto o direito é baseado em imposição de regras pré-estabelecidas, a mediação se baseia em um processo dialógico que vai depender de conteúdos próprios baseados em hábitos, modelos de comportamento e conduta. A partir dessa influência, defende-se que a mediação não deixa de ter seu âmbito de juridicidade pautado por normas jurídicas, mas o que a diferencia do direito – ou de um processo judicial – é que poderão haver resultados diferentes para relações jurídicas semelhantes, pois os protagonistas da resolução serão os envolvidos na suas relações com características próprias.

4.3 A importância do controle de juridicidade no âmbito da mediação

A observância dos princípios norteadores do processo impõe as fronteiras do procedimento mediativo relativas ao âmbito de juridicidade da mediação. Caberá a todos os envolvidos estarem comprometidos com o respeito aos limites a serem observados. O âmbito de juridicidade da mediação abrange o que compõe o processo tanto na atividade exercida pelo mediador quanto a adesão das partes ao procedimento.

Alguns aportes que podem ser feitos acerca da dinâmica que envolve a resolução de conflitos por meio da autocomposição e que condicionam limites ao âmbito de juridicidade: a) busca pelo consenso: a desconstrução de uma postura adversarial das partes para uma postura colaborativa; b) desequilíbrio de poder: a busca pela isonomia das partes pode ser barreira intransponível; c) a extensão do papel do mediador: identificar a medida de interferência do mediador diante de

¹⁷² “Étienne Le Roy, procurando mostrar que a experiência da mediação estaria associada à juridicidade, enfoca-a a partir de três dimensões que, em seu entendimento, seriam complementares. Nesse sentido, em primeiro lugar, focaliza os objetivos dos mediados ou mediadores, ressaltando que, em diversas situações, a resolução do problema que enseja a controvérsia não depende da aplicação de normas gerais e impessoais (NGI) por instâncias formais, demandando, ao contrário, a mobilização de modelos de conduta e de comportamento (MCC) e sistemas de disposições duráveis (SDD), que são muito mais recorrentes no âmbito da juridicidade do que no do direito. Em segundo lugar, assevera que a juridicidade também se expressa na mediação em virtude dos procedimentos nela tipicamente utilizados. Em terceiro lugar, sublinha que a mediação, na medida em que não se confunde com a atividade jurisdicional, cujo escopo é atribuir a cada um o que lhe é devido, conduz muito mais a uma conciliação ou reconciliação, dialogicamente construída, do que a uma condenação”. In VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Etienne Le Roy. JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 2 (2017). **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, 2, 2017.

acordos que podem ser desfavoráveis para uma das partes; d) controle de juridicidade exercido pelo advogado na construção do título executivo extrajudicial; e) controle de juridicidade exercido pelo juízo ao homologar o título executivo extrajudicial.

Michele Taruffo¹⁷³ sinaliza que os *meios alternativos* de resolução de conflitos não são capazes de reduzir ou eliminar a desigualdade existente entre as partes. No entanto, um contraponto que se faz em relação a afirmação do autor é que, diferente de uma lide processual, a mediação extrajudicial é precedida pela consensualidade das partes em adotarem esse meio como sendo o mais adequado para a relação jurídica existente. Sendo assim, e não está se desconsiderando a possibilidade de desequilíbrio ou maior vulnerabilidade de uma das partes, é preciso que a isonomia no tratamento dos envolvidos seja prerrogativa para o prosseguimento da mediação, ou seja, verificado qualquer desequilíbrio, será preciso interromper o procedimento.

Por desequilíbrio pode se entender, a título exemplificativo, apenas uma das partes estar acompanhada de advogado ou desconhecimento técnico de uma das partes em relação ao conteúdo do conflito. Em ambos os casos é possível sanar o desequilíbrio com a designação de um advogado para auxiliar ambas as partes ou nomeação de um advogado para acompanhar a parte desassistida (Art. 10, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015) e, também, a nomeação de profissionais peritos em determinadas matérias.

Questões que envolvem violência, abuso de poder, comprometimentos cognitivos transitórios ou permanentes devem ser verificados, pois podem influenciar na condição de expressão de vontade das partes.

Ainda, em relação ao controle de juridicidade, verifica-se a importância da participação dos advogados antes, durante e após a realização da mediação. Antes da realização é preciso que esse profissional oriente seu cliente sobre as estratégias a serem adotadas, o objetivo da mediação e a formulação de um plano voltados para aspectos jurídicos acerca do conflito. Durante a mediação a presença dos advogados garante o suporte jurídico de orientações e esclarecimentos necessários. Ainda, após a mediação, os advogados dão o suporte necessário para o cumprimento do acordo, bem como as providências caso haja descumprimento do

¹⁷³ TARUFFO, Michele. Un'Alternativa alle alterantive: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 152, p. 328-330, 2007.

acordo – seja para retorno para mediação ou negociação direta, seja para execução do título.

Ademais, pode-se analisar os limites para a o âmbito de juridicidade a partir de um conceito emprestado da arbitragem, que trabalha a *arbitrabilidade subjetiva* e a *arbitrabilidade objetiva*¹⁷⁴. Da mesma forma, pode-se considerar a existência de uma *mediabilidade subjetiva* e uma *mediabilidade objetiva*. A mediabilidade subjetiva pode ser considerada desde a condição de quem pode atuar como mediador extrajudicial, a quem a lei determina que seja *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 (Art. 9º da Lei nº 13.140/2015)*. Já em relação às partes, a lei não aponta algum critério, mas pode-se considerar, assim como na arbitragem, que sejam *pessoas capazes de contratar*. É possível que os interesses de crianças e adolescentes sejam tutelados por representantes, como é o caso da mediação familiar, em que serão discutidos e transacionados direitos e deveres oriundos do poder familiar.

Em relação à mediabilidade objetiva, que diz respeito ao que pode ser objeto da mediação, é possível considerar a designação estabelecida pelo art. 3º da já referida lei, ao delimitar que *pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, podendo a mediação sobre todo o conflito ou parte dele, com a ressalva de que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público*.

Em relação a disponibilidade do direito se entende “como aquele que pode ou não ser exercido por seu titular, não existindo norma cogente a impor o cumprimento do preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”¹⁷⁵.

Ainda, “em certa perspectiva percebe-se que a submissão de um conflito a um meio extrajudicial não implica necessariamente em renúncia ou disposição dos direitos em relação aos quais controvertem as partes; esses mecanismos podem

¹⁷⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 e SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011.

¹⁷⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 27.

representar, na realidade, um importante recurso destinado à sua proteção ou efetivação”¹⁷⁶.

O resultado da autocomposição deve ser adequado com as normas jurídicas que regulam relações contratuais e obrigacionais. Sendo assim, considera-se que o controle de juridicidade seja condição indispensável para a validade do título executivo extrajudicial oriundo da mediação extrajudicial.

¹⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 31.

5 ANALISANDO O ÂMBITO DE JURIDICIDADE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

Fixou-se no presente trabalho a seguinte premissa: a mediação de conflitos é gênero de meio de resolução de conflitos de modalidade autocompositiva que pode ser considerada como uma espécie de processo, denominado processo autocompositivo, e como tal incidem o direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental ao contraditório na conformação do seu âmbito de juridicidade.

A mediação extrajudicial é espécie de mediação de conflitos que pode ser aplicada em diversos contextos sociais. Como referido, o plano de aplicação analisado na presente pesquisa será a mediação extrajudicial privada voltada para a resolução de conflitos entre particulares em âmbito civil¹⁷⁷.

Após verificada a definição, natureza jurídica e regime jurídico da mediação, pretende-se demonstrar como o direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental ao contraditório conformam o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial. Essa abordagem abre caminhos para que seja conferida maior qualidade ao âmbito de juridicidade associado ao instituto.

5.1 O direito fundamental ao processo justo: considerações gerais

O direito fundamental ao processo justo será analisado em âmbito cível, tomando-se em conta a sua fundamentalidade e conteúdo conforme presente no sistema de direitos fundamentais processuais.

Inicialmente, encontra-se fundamentalidade do direito ao processo justo na previsão constitucional de que *ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal* (Art. 5º, LIV, Constituição Federal), uma vez que existe doutrinariamente uma tendência a verificar a relação do direito fundamental ao processo justo e direito ao devido processo legal – embora cada um ofereça suas particularidades e premissas adequadas aos sistemas que lhe fornecem influências. E, portanto, para os fins da presente análise, coaduna-se com o apontamento de Humberto Theodoro Jr. “em vez de assegurar um resultado legal (compatível com a norma aplicada ao caso), o processo foi incumbido de

¹⁷⁷ Exclui-se a mediação comunitária e escolar, ainda que a Lei nº 13.140/2015 se aplique, no que couber, a esses âmbitos de mediação, conforme art. 42.

proporcionar um resultado justo (mais do que apenas legal). E a garantia constitucional de tutela jurisdicional passou a ser não mais a do devido processo legal, mas a do processo justo”¹⁷⁸.

Ainda, verifica-se a possibilidade de recepção desse direito ao sistema de direitos fundamentais processuais a partir da cláusula de abertura¹⁷⁹ prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

O processo passa a ser instrumento de concretização da ordem Constitucional que conforma o Estado Democrático de Direito, como meio de efetivação de direitos e garantias constitucionais. Ainda, para conformação do processo em sua instrumentalidade procedimental é preciso garantir o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador, publicidade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

O processo enquanto expressão de garantia do direito fundamental ao processo justo deve observar procedimentos pautados por normas jurídicas e deontológicas que se expressam no exercício da jurisdição exercido pelo papel de direção do juiz em relação ao processo. Esse escopo de instrumentalidade e tutela jurisdicional é estruturante e como tal impõe limites de ordem concretizadora dos princípios já mencionados¹⁸⁰. Entretanto, a função jurisdicional do julgador não esgota em si mesmo, justamente em função da essência de colaboração necessária a essa dinâmica processual que caminha em direção a uma decisão justa¹⁸¹.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça

¹⁷⁸ THEODORO JR., Humberto. O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 190 (2011): 237- 263.

¹⁷⁹ REICHELDT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500.

¹⁸⁰ DA ROSA, Márcia Ignácio. O Direito ao Processo Justo com Instrumento de Realização do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 6, n. 1, ago. 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/43>.

¹⁸¹ “O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos. Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.” GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. ano VII, n. 14, p. 9-68, abr./2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>. Acesso em: 15 jan. 2020.

e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado”¹⁸².

Para Luis Alberto Reichelt consagrar o direito fundamental ao processo justo como direito fundamental “permite a afirmação da existência de uma exigência de respeito a parâmetros de justiça procedimental, os quais são autossuficientes em relação ao resultado que se obtenha ao final do debate dos autos e são imponíveis não só ao legislador, mas também ao intérprete do texto legal”¹⁸³.

O processo possui função para além da garantia da efetividade dos direitos substanciais “apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Dessa maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e ao aperfeiçoamento da obra normativa do legislador”¹⁸⁴.

Sustenta Humberto Theodoro Jr. que “a adequada construção do modelo cooperativo de processo e do princípio da colaboração, que é a ele inerente, serve como linha central para a organização de um processo civil que reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional”¹⁸⁵ e conclui “a colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil”¹⁸⁶.

Theodoro Jr. firma sua posição baseada em Italo Augusto Andolina¹⁸⁷, que, no plano procedimental, o processo para ser justo, na tradução do autor, terá que consagrar: “(a) o direito de acesso à justiça; (b) o direito de defesa; (c) o contraditório e a paridade das armas (processuais) entre as partes; (d) a

¹⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (organizador). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁸³ REICHELTL, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n.3. p. 481-500.

¹⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2 (2010): 64-71.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

¹⁸⁷ ANDOLINA, Italo Augusto. Il "giusto processo" nell'esperienza italiana e comunitaria. **Revista de Processo**. v. 126/2005. p. 95 – 113. Ago./2005.

independência e a imparcialidade do juiz; (e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; (f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional”¹⁸⁸.

E, ainda, no plano substancial, “o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado com base em critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo à luz das garantias e dos princípios constitucionais”¹⁸⁹.

Como referido, a Constituição Federal não possui previsão expressa do direito fundamental ao processo justo, depende de uma leitura sistemática de normas jurídicas e Tratados Internacionais. É possível fazer referência à Constituição Italiana, que possui a previsão expressa no seu art. 111 de imposição de um justo processo, da Convenção Européia dos Direitos Humanos, no seu art. 6º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), arts. 8º e 10, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), art. 6º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), art. 14 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), art. 8º.

Luis Alberto Reichelt considera que o direito ao processo justo é um direito fundamental implícito¹⁹⁰. “Não é pequeno o esforço para que se possa justificar tal a existência de um direito fundamental implícito decorrente de uma visão sistemática dos direitos de natureza processual consagrados constitucionalmente”¹⁹¹.

Fundamental mencionar que “o direito ao processo justo transcende os limites do simples somatório dos demais direitos fundamentais processuais expressamente consagrados no ordenamento jurídico constitucional que com ele coexistem, bem como da exigência de juridicidade na prática de atos processuais voltados ao exercício da atividade jurisdicional”¹⁹².

¹⁸⁸ THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2 (2010): 64-71.

¹⁸⁹ THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2 (2010): 64-71.

¹⁹⁰ REICHELTE, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500.

¹⁹¹ REICHELTE, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500. p. 497.

¹⁹² REICHELTE, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura

E, ainda, que “a consagração do direito ao processo justo como direito fundamental permite a afirmação da existência de uma exigência de respeito a parâmetros de justiça procedimental, os quais são autossuficientes em relação ao resultado que se obtenha ao final do debate dos autos e são imponíveis não só ao legislador, mas também ao intérprete do texto legal”¹⁹³.

A título não exaustivo, algumas premissas conceituais serão consideradas: a) “O direito ao processo justo não se confunde com a exigência de perfeita justiça procedimental”¹⁹⁴; b) “O direito ao processo justo não se confunde com um direito a uma decisão justa - o que, por sua vez, pressupõe que se indique parâmetros para que se possa afirmar tal condição do ponto de vista jurídico”¹⁹⁵; c) o direito ao processo justo possui fundamentalidade material “seja pela relevância da pauta de direitos de natureza processual elencada no texto constitucional, seja em função da importância associada aos comandos extraídos dos tratados internacionais que se incorporam ao quadro de direitos fundamentais por força da cláusula de abertura inscrita no art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal.”¹⁹⁶

O processo justo é desenvolvido a partir do exercício dos direitos fundamentais das partes. Nesse sentido, o direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo.¹⁹⁷

Pois, como referem os autores, o direito fundamental ao processo justo se constitui como um modelo de expansão, variável e perfectibilizável, pois conforma a atuação dos agentes do Estado Democrático de Direito, atende às exigências do

do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500. p. 487.

¹⁹³ REICHELDT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500. p. 487.

¹⁹⁴ REICHELDT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500. p. 488.

¹⁹⁵ REICHELDT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500. p. 490.

¹⁹⁶ REICHELDT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n.3. p. 481-500. p. 497.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

direito material e do caso concreto e pode ser aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional. Sendo, portanto, “tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo”¹⁹⁸.

A densificação do direito fundamental ao processo justo pelo legislador infraconstitucional “é a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais, nada menos do que concretizações do direito ao processo justo”¹⁹⁹.

A tendência da premissa dialógica do processo representa “autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia redundem* em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”²⁰⁰.

Sendo assim, “o justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça”²⁰¹ a fim de conformar o acesso à justiça voltado para efetividade da justa composição da lide. Essa pode ser a concepção perfectibilizadora da dimensão do direito fundamental ao processo justo, é ver se cumprir a função promocional do processo. Portanto, destaca-se a importância do direito ao processo justo a fim de viabilizar a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito material posto em conflito no caso concreto.

Considera-se que o direito ao processo justo possui um perfil mínimo:

Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 767.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 767.

²⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.

²⁰¹ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada²⁰².

Portanto, “a observância dos elementos que compõem o perfil mínimo do direito ao processo justo são os critérios a partir dos quais se pode aferir a justa estruturação do processo. O processo justo depende da observância de seus elementos estruturantes”²⁰³.

Não há como se perfectibilizar o direito fundamental ao processo justo sem a devida conformação da instrumentalidade procedimental e substancial do processo, portanto, não tem como alcançar apenas o plano formal. Para que o direito fundamental ao processo justo conforme o processo e o procedimento, densifique direitos e garantias constitucionais, é preciso um esforço conjunto e convergente de todos os atores imbuídos de tornar os preceitos Estado Democrático de Direito um compromisso.

Sendo assim, faz-se valer das principais características desse direito, sendo elas, o direito fundamental ao acesso à justiça, a tutela de direitos, a presença de um terceiro imparcial e um procedimento em contraditório para construir elementos possíveis de aplicar essas premissas ao âmbito de juridicidade do processo autocompositivo desenvolvido na mediação.

5.2 A aplicação do direito fundamental ao processo justo à mediação extrajudicial

Dado que a mediação se desenvolve sob a forma de processo e esse processo pode ser denominado como processo autocompositivo, define-se, assim, a natureza processual da mediação e, portanto, tem-se que: se há processo, há se de fazer respeitar o direito fundamental ao processo justo.

Nesse sentido, busca-se verificar como funciona a aplicação do direito fundamental ao processo justo ao processo de mediação, no que diz respeito a sua manifestação no contexto da mediação extrajudicial e a forma com que atua na

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 769.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 769.

regulação das atividades desenvolvidas pelas partes e pelo mediador na mediação extrajudicial.

Para validar a concepção da mediação extrajudicial enquanto processo autocompositivo, parte-se do pressuposto de que esse processo também está sujeito ao controle de sua justiça processual, pois “todo e qualquer processo está sujeito ao controle de justiça processual como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional”²⁰⁴.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Tanto os processos jurisdicionais – civis, penais, trabalhistas, militares e eleitorais não jurisdicionais – administrativo, – como os legislativo e arbitral – submetem-se à cláusula do processo justo para sua adequada conformação. Mesmo os processos não jurisdicionais entre particulares, quando tendentes à imposição de penas privadas ou restrições de direitos, devem observar o perfil organizacional mínimo de processo justo traçado na nossa Constituição. Fora daí há nulidade por violação do direito ao processo justo²⁰⁵.

Na mediação não se trabalha na lógica de imposição de penas privadas ou restrições de direitos, mas, sim, de promoção de direitos e obrigações na construção de um entendimento que tem força de decisão vinculante entre as partes, tal qual uma decisão judicial, por isso deve ser pautada pelo mínimo de processo justo. No processo judicial “o direito fundamental ao processo justo não é condição necessária nem suficiente à prolação de decisões justas, mas, antes, funciona como um fator a otimizar as chances de que estas possam eventualmente surgir”²⁰⁶ e, nesse sentido, entende-se que a mediação é capaz de ser *locus* de otimização da estrutura de processo justo e tem condições para tanto.

O âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial, ainda que não se tenha o exercício de jurisdição, é capaz de fornecer uma dinâmica adequada para a resolução da controvérsia e obtenção de um título executivo com condições adequadas oriunda da tutela de direitos – diferente da dinâmica adversarial do processo judicial.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 768

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 768.

²⁰⁶ REICHEL, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500.

Pode-se dizer que a técnica autocompositiva resguarda e promove a concretização de direitos e deveres dos sujeitos envolvidos em uma relação jurídica e, para isso, precisa atender critérios mínimos estruturantes das cláusulas de um processo justo no conjunto de seus atos – de acesso à justiça, inafastabilidade do controle jurisdicional e garantias processuais²⁰⁷.

Observar esse fenômeno processual no âmbito da mediação legitima a lógica de atuação de todos os atores envolvidos em sintonia na suas participações cooperativas, a relação jurídica é qualificadora da existência de um conflito e o procedimento dá a forma e deve ser entendido como uma dinâmica em contraditório enquanto processo autocompositivo.

O direito fundamental ao processo justo na perspectiva do processo autocompositivo impõe regras e princípios que implicam todos os envolvidos, por isso é elemento essencial à organização do procedimento. O escopo da mediação também conforma um âmbito de juridicidade voltado para a eficácia horizontal de direitos fundamentais entre particulares²⁰⁸.

A mediação se desenvolve por meio de um processo emancipador – regulador de conflitos. É o exercício da autonomia no caso concreto e sua duração razoável depende da disposição das partes em trabalhar de maneira prospectiva. Não pode ser reduzida a mera conciliação, pois seu escopo de emancipação é maior e a não obtenção de um acordo não significa o fracasso de seu procedimento, pois até mesmo a homologação do título executivo extrajudicial é faculdade das partes quando não envolver direitos indisponíveis.

A doutrina apresenta a neutralidade e imparcialidade no exercício da atividade do mediador, o terceiro facilitador. Não há no processo autocompositivo a tentativa de convencimento do terceiro, pois a imparcialidade, enquanto regra deontológica para a atuação do mediador, é premissa fundamental para que a atuação de sua intervenção seja isenta de julgamento – fundamentalmente porque esse terceiro não tem o poder de tomada de decisão.

A neutralidade diz respeito a equidistância necessária que deve ter o mediador em relação ao conteúdo do conflito e a imparcialidade em relação ao

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

²⁰⁸ Nesse sentido, tem-se a “garantia de justiça substancial processual” COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali e “giusto processo”. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150.

tratamento das partes de maneira suficiente a não intervir na autonomia, mas com competência de aproximar os interesses e necessidades expressadas por elas.

Águida Arruda Barbosa salienta que “o caminho a ser percorrido para atingir o nível da intercompreensão começa pela qualificada troca de informações, comunicação normalmente deteriorada, já que, inconscientemente, os mediandos comunicam-se pela linguagem do conflito – inadequada e destrutiva – em lugar da linguagem adequada e construtiva da intercompreensão [...]”²⁰⁹.

O mediador atua na ordem do não-poder e conduz um processo de comunicação entre as partes – que pode ser considerada a técnica principal de sua atuação. O mediador detém uma autoridade delegada pelas partes, que o condiciona a intervir na condução do processo, mas não na tomada de decisão ou intenção em obter a verdade para o seu convencimento.

A autoridade do mediador é elemento catalisador do próprio procedimento, ou seja, é legitimado pelo procedimento mediativo e pela voluntariedade. O mediador é catalisador das dinâmicas das relações interpessoais que – a partir do viés que está sendo analisado – possuem alguma repercussão jurídica. Portanto, o mediador atua em um campo relacional e um campo jurídico.

O que se espera enquanto resultado é que todos os esforços tenham sido empregados a fim de que as partes tivessem oportunidade de estabelecer um diálogo que poderia – ou não – formalizar um entendimento.

O direito à colaboração é elemento essencial do direito fundamental ao processo justo que, em relação ao juiz, impõe um duplo papel na sua condução, qual seja o de paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão. Nesse ponto, a mediação se desenvolve como um processo autocompositivo permeado pela colaboração, que deve ser vista a partir de duas frentes: a) *Sobre a regulação das atividades das partes na mediação à luz do direito fundamental ao processo justo* e b) *Sobre a regulação da atividade do mediador na mediação à luz do direito fundamental ao processo justo*.

A função decisória inerente ao julgador no processo civil se desloca para as partes na mediação. Tanto o é que, como o mediador não possui poder coercitivo sobre o que é decidido em mediação, caso não haja cumprimento, as partes devem submeter o título à apreciação jurisdicional. A autonomia confere poder as partes,

²⁰⁹ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 71.

mas também é limite, pois nem as partes nem o mediador possuem poder de coerção do que foi decidido.

O procedimento mediativo deve ser pautado em critérios que garantam um processo justo e uma decisão justa adequada ao resultado da mediação, pois “[...] o direito a um processo adequado ou justo é uma decorrência *indireta* e *externa* da proteção de direitos, e impõe adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de protetividade dos direitos de liberdade e de igualdade”²¹⁰.

Sendo assim, alguns critérios de juridicidade podem ser apontados em consonância com o processo justo: a) adequação da regra jurídica aplicável ao caso concreto; b) definição do escopo relativos ao objeto do conflito; e c) o emprego de um procedimento justo e adequado para que as partes encontrem uma decisão informada e justa.

O ordenamento infraconstitucional que densifica o processo justo em relação à mediação extrajudicial é o Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015.

Para Daniela Gabbay na mediação “há um mínimo de procedimento que deve ser garantido, e dificilmente alguém discordaria do fato de que na mediação deva haver imparcialidade do mediador, voluntariedade das partes e contraditório entre elas, resguardando-se a igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo”²¹¹. Portanto, ainda que a dinâmica da mediação seja não adversarial, é possível verificar a necessidade da garantida de um devido processo legal mínimo na mediação.

Ainda, para a autora “muito embora o devido processo legal na mediação deva ser colocado em termos mínimos, sem gerar uma procedimentalização ou formalização excessiva que vá de encontro à autonomia e flexibilidade do desenho processual da mediação. Esses contornos mínimos são dados pela norma constitucional (garantias processuais), e fazer com que as formas autocompositivas possam ser tratadas à luz da teoria geral do processo”²¹².

Ademais, ainda em relação ao apresentado por Daniela Gabbay:

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, nº 163, 2008, p.55.

²¹¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

²¹² GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29.

[...] ainda que na mediação não haja um poder-dever de decidir o conflito exercido por terceiro (como no caso da arbitragem e do processo judicial), o que exclui qualquer necessidade de o mediador demonstrar seu livre convencimento e motivar suas manifestações, há uma relação entre as partes a ser regulada por garantias mínimas referentes à imparcialidade do terceiro, à voluntariedade das partes e à igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo, representada pelo contraditório²¹³.

E, por fim, “trata-se da importante relação entre a justiça do processo e a justiça do resultado”. Essa visão formaliza a concepção da mediação enquanto processo, pois acolhe a dinâmica da mediação em suas dimensões voltadas para os sujeitos, o objeto do conflito e o processo pautado pelo procedimento em contraditório.

5.3 De maneira específica: a aplicação do direito fundamental ao contraditório à mediação extrajudicial

O direito fundamental ao contraditório deve ser entendido também como parte do direito fundamental ao processo justo. Portanto, nesse momento, será verificado o significado do direito fundamental ao contraditório, como se desenvolve o direito fundamental ao contraditório na mediação e como se manifesta no contexto do processo de mediação.

O contraditório é a expressão da participação dos atores em um processo constitucionalizado e, portanto, democrático e participativo, caracterizado pela cooperação. Portanto, participação e cooperação conformam o princípio da colaboração consagrado no regime jurídico do processo e que, neste momento, passa a ser emprestado para o processo autocompositivo. Para Elio Fazzalari “a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o *contraditório*”²¹⁴.

O contraditório também representa um direito das partes “que deve ser exercido dentro de certos limites, dentre os quais o dever das partes de cooperarem e colaborarem para a resolução da lide no menor tempo possível (i.e. razoável) e

²¹³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

²¹⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Book-seller, 2006. p. 119.

com o menor custo, assegurando a efetividade da prestação jurisdicional e a justiça das decisões judiciais”²¹⁵.

Kazuo Watanabe, quando fala sobre a dialética das partes, anota que “a cognição torna-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflito de interesses. A interposição do Estado atende à razão política de evitar o prevalecimento do mais forte e de substituir a força pela justiça, num esforço de solucionar os conflitos pelos meios mais civilizados, e isso somente se consegue conhecendo-se as razões de ambas as partes”²¹⁶.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero defendem que o contraditório “não é o único direito fundamental que compõe o processo justo, por vezes é necessário harmonizá-lo com os seus demais elementos estruturantes, em especial com o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos”²¹⁷. Afirmam os citados autores que “o direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não [...] Não há processo sem contraditório”²¹⁸. E ainda, sobre o conteúdo e âmbito de proteção do direito fundamental ao contraditório, os autores apontam:

[...] Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que simples bilateralidade da instância*. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isto é: *direito de influência*. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a *gravar igualmente juiz*. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório²¹⁹.

²¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código De Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. p. 258.

²¹⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 44.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 799.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 796.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 797.

E ainda, no sentido de constitucionalização do processo, Hermes Zaneti Jr. aponta que o contraditório é um “valor-fonte” do direito processual democrático e apresenta algumas características e particularidade:

- a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do ato;
- b) na simetria da sua posição no curso do procedimento;
- c) na mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover e impedir a emanção do provimento);
- d) na relevância das atividades das partes para o autor do provimento, de maneira que as escolhas, reações e controles pelas partes sejam consideradas no controle e nas reações dos outros, e que o autor do ato deva ter presente os resultados dessas condutas²²⁰.

A análise das contribuições do direito fundamental ao processo justo necessita da verificação do significado do direito fundamental ao contraditório e de como esse direito se manifesta no processo de mediação, considerando que o processo autocompositivo seja entendido enquanto procedimento em contraditório. Luis Alberto Reichelt sistematiza o direito fundamental ao contraditório da seguinte forma:

[...] observa-se que a garantia do contraditório tem por conteúdo quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional; e d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional²²¹.

A participação das partes no processo autocompositivo é fundamental para o empoderamento que envolve a tomada de decisão. A estrutura dialética é fornecida pelo mediador que propõe etapas e as concretiza com a aceitação das partes para a chegada a um ato final (adaptação do procedimento – princípio da informalidade).

São características dos mecanismos para obtenção de autocomposição a transparência, o diálogo e a participação, que decorrem da dimensão das possíveis definições de contraditório e ampla defesa aplicadas nesses mecanismos.

Para Petronio Calmon “*contraditório e ampla defesa* nos mecanismos para a obtenção da autocomposição são princípios ainda mais amplos, significam

²²⁰ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

²²¹ REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. v. 162/2008. p. 330 – 351. Ago. /2008.

participação. Os envolvidos iniciam optando por participar do mecanismo, escolhendo-o especificamente entre todas as possibilidades. Definido o exato mecanismo, os envolvidos possuem ampla liberdade de escolher o terceiro imparcial que lhes auxiliará. Não o escolhendo, dirão se aceitam a indicação e poderão rejeitar a pessoa indicada a qualquer tempo. Mantêm-se, ainda, as regras da suspeição e do impedimento”.²²² Para Calmon “além da participação na escolha do terceiro, os envolvidos participarão na definição do plano de trabalho, do prazo máximo (se o desejarem) e de algumas regras especiais que desejem estabelecer [...]”²²³. E o autor ainda pontua:

o contraditório, visto por um ângulo mais amadurecido, não é somente um sistema formal de direitos e deveres, mas sim um sistema de *transparência* e *diálogo*, atributos muito mais presentes nos mecanismos para a obtenção da autocomposição do que no processo judicial. Ampla defesa nos mecanismos para a obtenção da autocomposição é *participação*, muito mais do que apresentação de provas, argumentos e recursos²²⁴.

Portanto, o contraditório no âmbito da mediação atua com caráter de *participação* e *influência*, uma vez que as partes que irão compor os termos da decisão, que em âmbito de mediação se constitui no termo de entendimento. O mediador atua comprometido com a facilitação da participação das partes ao longo do procedimento, por meio de técnicas de comunicação e negociação. Como esse é um processo de autocomposição assistida por um terceiro imparcial, o mediador tem como objetivo estimular o diálogo entre as partes para que seja possível gerar um processo dialógico de compreensão e busca de consenso em relação aos interesses e necessidades das partes. Nesse sentido, é preciso que as partes tenham oportunidade de se manifestarem ao longo de todo o procedimento.

É possível destacar três fases em que o mediador compõe oportunidades para que o contraditório se manifeste ao longo do procedimento mediativo: a) narrativas das partes (sessão conjunta); b) sessões individuais; e c) geração de opções (fase negocial).

Para essa análise será considerado o seguinte fluxo para a sessão de mediação: a) declaração de abertura; b) *narrativas*; c) resumo; d) pauta/agenda; f) *sessões individuais*; g) *geração de opções (fase negocial)*; h) encerramento –

²²² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 161.

²²³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 161.

²²⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019. p. 161.

considerando que essas etapas podem ser desenvolvidas em uma ou mais sessões de mediação²²⁵.

As narrativas ocorrem em sessão conjunta, ou seja, com ambas as partes presentes tendo oportunidade de se manifestar acerca das suas percepções individuais do conflito. O mediador, após fazer a sua declaração de abertura, passa a palavra para as partes exporem as suas razões. Nesse momento, as partes têm oportunidade de se expressarem de maneira isonômica, oral e pessoal – aqui, além de cada uma das partes ter oportunidade de fala, é o momento em que o processo dialógico inicia, pois a escuta é elemento fundamental nesse processo. Esse processo dialógico de participação dá a oportunidade para as partes se escutem e para o mediador, é o momento em que é possível identificar questões, interesses e sentimentos de cada uma delas.²²⁶

Visto que “a mediação um processo no qual se celebra o contraditório, o mediador deve assegurar a participação equânime das partes. É papel do mediador enfatizar que cada parte terá igual oportunidade de expressar suas questões, sentimentos e interesses sem interrupção. Isso é imprescindível para a obtenção de um acordo que satisfaça ambas as partes”²²⁷.

A escuta ativa é uma técnica utilizada pelo mediador, para que ele possa identificar os elementos catalisadores do diálogo entre partes, mas também é elemento da comunicação entre partes, pois a autocomposição depende de compreensões mútuas acerca de um mesmo conflito.

Esse é o momento “para se fazer um mapeamento do conflito, ou seja, conhecê-lo melhor e delimita-lo, e verificar as melhores formas de abordagens e intervenções, com a identificação dos temas a serem negociados e a sua importância para as partes”²²⁸.

Tania Almeida aponta:

²²⁵ Adaptação ao modelo proposto na mediação judicial: “Nesse contexto, dividimos o processo de mediação em cinco fases: i) declaração de abertura; ii) exposição de razões pelas partes; iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; iv) esclarecimento acerca de questões, interesses e sentimentos; e v) resolução de questões”. In AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 157.

²²⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. pgs. 242-248.

²²⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 222.

²²⁸ NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 235.

Espera-se também do mediador uma especial atenção e habilidade para o mapeamento do conflito existente e a construção de intervenções que confirmem produtividade e diligência a essa etapa, assim como o manejo adequado dos impasses que obstaculizam o diálogo, especialmente aqueles de natureza emocional, uma vez que o relato das histórias reedita uma comunicação direta entre os envolvidos²²⁹.

As sessões individuais – ainda que facultativas – podem ser utilizadas pelo mediador, inclusive previstas no art. 19 da Lei nº 13.140/2015 *no desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.*

Ponderação importante se faz com as palavras de André Gomma:

As sessões privadas são utilizadas por diversos motivos entre eles: i) para permitir a expressão de fortes sentimentos sem aumentar o conflito; ii) para eliminar comunicação improdutiva; iii) para disponibilizar uma oportunidade para identificar e esclarecer questões; iv) como uma contramedida a fenômenos psicológicos que impedem o alcance de acordos, tal como a reação desvalorizadora¹¹⁰; v) para realizar afagos; vi) para aplicar a técnica de inversão de papéis; vii) para evitar comprometimento prematuro com propostas ou soluções; viii) para explorar possível desequilíbrio de poder; ix) para trabalhar com táticas e/ou habilidades de negociação das partes; x) para disponibilizar um ambiente propício para o exame de alternativas e opções; xi) para quebrar um impasse; xii) para avaliar a durabilidade das propostas; xiii) nas situações em que se perceberem riscos à ocorrência de atos de violência²³⁰.

O mediador pode-se valer as sessões individuais ou as partes podem solicitar, pois configura momento importante para a sessão de mediação a fim de trabalhar alguns esclarecimentos, gerar opções para os pontos estabelecidos na pauta e como momento para desenvolvimento de postura autocompositiva das partes. Aqui, “o mediador encoraja os mediandos, separadamente, a desvendarem seus reais interesses e necessidades, a ampliarem suas percepções para que possam incluir o ponto de vista do outro, e a identificarem pontos sobre os quais haveria alguma possibilidade de acordo”²³¹.

Nesse momento, o mediador pode identificar “motivações ocultas” das partes. “As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a

²²⁹ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 41.

²³⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 237.

²³¹ ALMEIDA, Rafael Alves de; JONATHAN, Eva. Dinâmica da Mediação: etapas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 249.

necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassar o que eventualmente esteja bloqueando as negociações diretas”²³².

A fase de geração de opções – também entendida como uma fase negocial – é a etapa do processo de diálogo em que “os mediadores auxiliam os mediandos a: (i) conjecturarem uma multiplicidade de alternativas de solução para cada item da pauta; (ii) analisarem os custos e benefícios de suas escolhas, para si e para terceiros; (iii) fazerem eleições qualificadas que visem à satisfação e ao benefício mútuos”²³³.

Ainda que a expressão do contraditório em âmbito de mediação não seja para a busca do convencimento do terceiro e nem de embate e contraposição de posições – lógica do modelo adversarial –, neste modelo de autocomposição, o desafio da cooperação é ainda maior, pois se manifesta como elemento chave para a um desfecho voltado para o consenso. Se não houver disposição para o debate colaborativo, não há como prosperar a mediação. E, nesse sentido, o contraditório visa proporcionar o equilíbrio entre as partes como garantia de um processo dialógico.

André Gomma acertadamente propõe:

O processo de mediação, como outros referentes a métodos apropriados de resolução de controvérsias, apresenta como propriedade a presença do contraditório, permitindo-se, pois, que todos os participantes possam atuar de modo a tentar resolver a disputa. Na etapa de mediação fica evidenciado que o que se busca, sobretudo, é que as próprias partes cheguem à solução. Por isso, diz-se que a mediação é um mecanismo autocompositivo, isto é, a solução não é dada por um terceiro. Difere, também, pela informalidade. De fato, na mediação o processo vai se amoldando conforme a participação e interesse das partes. Isto é, vai se construindo segundo o envolvimento e a participação de todos interessados na resolução da controvérsia²³⁴.

Portanto, assim como “a sentença proferida ao final do processo deve retratar a participação dos sujeitos que nele atuaram, visualizada sob forma de diálogo e colaboração entre os participantes do debate dos autos. Comum a ambos os casos é, em última instância, a intervenção humana como fator decisivo para a realização

²³² DALLA, Humberto. MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 98.

²³³ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 44.

²³⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015. p. 157.

efetiva do resultado desejado”²³⁵, o acordo conquistado ao fim de um processo autocompositivo deve representar a expressão da autonomia de vontade das partes, que são as autoras do poder decisório na obtenção de um resultado satisfatório e justo.

²³⁵ REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 162/2008. p. 330 – 351. Ago /2008.

CONCLUSÃO

A pesquisa se desenvolveu com o propósito de responder ao seguinte questionamento: *como o direito fundamental ao processo justo conforma o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial?*

Foi possível confirmar a hipótese de que *a mediação pode ser definida como um processo autocompositivo regido por normas jurídicas e a mediação extrajudicial possui um âmbito de juridicidade que resta qualificado quando explorado na perspectiva do direito fundamental ao processo justo*. A fim de demonstrar a resposta ao questionamento, apresentam-se algumas conclusões abaixo referidas.

1. Quanto ao conceito de mediação, concluiu-se que: *a mediação é um meio de resolução de conflitos, o qual se constitui em um processo que se desenvolve uma atividade de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro imparcial atua como facilitador da comunicação entre as partes envolvidas em um conflito*.

2. A mediação é um processo autocompositivo conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, em uma dinâmica de facilitação da comunicação a fim de identificar interesses comuns e auxiliar que as partes desenvolvam soluções consensuais para o conflito. A autocomposição é exercida pelas partes *assistidas* por um terceiro imparcial, o mediador.

3. A compreensão do sistema de justiça multiportas ressignifica o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça a fim de garantir a tutela de direitos de maneira adequada, efetiva e tempestiva. A mediação extrajudicial possui um âmbito de juridicidade próprio conformado pelo direito fundamental ao processo justo capaz de efetivar a tutela de direitos por meio da resolução de conflitos entre particulares.

4. A partir do entendimento da natureza da mediação como processo autocompositivo, é possível concluir que sua estrutura é estabelecida por alguns elementos que dizem respeito ao seu âmbito de juridicidade conformado pelo direito fundamental ao processo justo, são eles: a) A convenção válida de mediação; b) A existência de uma relação jurídica e mediabilidade do conflito; c) Escolha de um terceiro imparcial sem poder decisório; d) A voluntariedade do mediador e das partes; e) Regras que regem o procedimento e garantem: colaboração entre todos os envolvidos, participação em contraditório e autonomia no poder de tomada de decisão das partes; f) Decisão informada (decisão justa) oriunda do trabalho

conjunto entre todos os atores; g) Garantia de juridicidade do título executivo (controle de juridicidade) e h) Executoriedade do título executivo em âmbito jurisdicional.

5. A mediação é considerada um processo autocompositivo e, como tal deve observar alguns requisitos que a qualificam: a) Incidência de princípios e regras aplicáveis ao procedimento e aos atores envolvidos; b) Elementos: 1) existência de sujeitos em conflito; 2) interesse voluntário em aderir o processo autocompositivo 3) relação jurídica com contraposição de interesses; e 4) terceiro imparcial; c) Critérios: 1) manutenção das relações continuadas; 2) processo negocial de comunicação; 3) ações voltadas para geração de opções de ganhos mútuos; 4) enfrentamento da lide jurídica e sociológica.

6. A estrutura do procedimento (dinâmica da mediação) se dá da seguinte forma: a) Etapas: início, desenvolvimento e encerramento; b) Atores: mediadores, partes e advogados; c) Utilização de técnicas e ferramentas por parte do mediador; d) Dimensões de juridicidade; e) Relação entre mediador e partes em contraditório; f) Relação entre partes em contraditório.

7. Portanto, considerando que a pesquisa foi elaborada com ênfase na mediação extrajudicial, conclui-se que existem elementos necessários que precisam ser observados para que se efetive a concretização do direito fundamental ao processo justo na mediação extrajudicial, enquanto elementos estruturantes, a fim de conformar o âmbito de juridicidade da mediação: a) Quanto ao acesso à justiça: a.1) validade da convenção de mediação; a.2) acesso ao local e profissionais competentes para a condução da mediação; a.3) independência; a.4) presença de advogados; a.5) compreensão quanto ao procedimento de mediação; b) Quanto à tutela de direitos em sede de mediação extrajudicial: b.1) tutela adequada; b.2) tutela efetiva; b.3) tutela tempestiva e c) Quanto ao direito fundamental ao processo justo: c.1) Cumprimento das etapas (procedimento); c.2) imparcialidade (atividade de natureza autocompositiva desenvolvida pelo mediador; c.3) direito fundamental ao contraditório (participação e colaboração – atividade de natureza voluntária desenvolvida pelas partes); c.4) decisão justa; c.5) direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional.

8. Restou demonstrado que o âmbito de juridicidade da mediação extrajudicial possui uma normatividade fixada por meio de um conjunto de normas que incidem no processo e conferem juridicidade ao procedimento. A mediação é

normativamente compatível com o direito fundamental ao acesso à justiça e ao processo justo, capaz de promover o acesso à ordem jurídica justa e tutelar direitos por meio de um processo justo e decisão justa como possível resultado da composição do conflito. O direito fundamental ao processo justo serve de vetor interpretativo do âmbito de juridicidade da mediação e, portanto, os resultados obtidos nesse processo autocompositivo representam expressão de justiça.

9. As dimensões de juridicidade propostas por Etienne Le Roy encontram correspondência com os elementos estruturantes do processo justo e das normas jurídicas previstas no Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/2015.

10. Os princípios norteadores da mediação representam normas de conduta/deveres que viabilizam o procedimento e limites na atividade de cada um dos atores envolvidos no processo. Portanto, o controle de juridicidade é dever de todos os atores do processo autocompositivo.

11. O processo dialógico presente na mediação é uma expressão do direito fundamental ao contraditório.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania Almeida. CRESPO, Mariana Hernandez (Organizadores). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALMEIDA, Rafael Alves de; JONATHAN, Eva. Dinâmica da Mediação: etapas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ALMEIDA, Tania. **Mediação de Conflitos**: Exercício de Cidadania e de Prevenção. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_05como_teorica.html.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (organizador). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVIM, Angélica Arruda (Coordenação) [et al.]. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il "giusto processo" nell'esperienza italiana e comunitaria. **Revista de Processo**. vol. 126/2005. p. 95 – 113. Ago/2005.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. SP: RT, 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A paz social na Constituição de 1988**: o preâmbulo da Constituição como porta de acesso à mediação. Disponível em: [\[www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-a-paz-social-na-constituicao-de-1988-o-preambulo-da-constituicao-como-porta-de-acesso-a-mediacao\]](http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-a-paz-social-na-constituicao-de-1988-o-preambulo-da-constituicao-como-porta-de-acesso-a-mediacao/).

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, nº 163, 2008.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2015.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

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

BUSH, Robert A. Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. **Ohio St. J. on Disp. Res.**, 1995 (2004). Available at: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/646.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

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

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. v. I. São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "Garanzie Costituzionali e "giusto processo". **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Ed. UnB, 2000.

COSTA, Domingos Barroso da. GODOY, Arion Escorsin de. **Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva**. Curitiba: Juruá, 2014.

COYLE, Michael. Defending the weak and Fighting unfairness: can mediators respond to the challenge? **Osgoode Hall Law Journal**, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa. A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. **Revista de Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DA ROSA, Márcia Ignácio. O Direito ao Processo Justo com Instrumento de Realização do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 6, n. 1, ago. 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/43>.

DALLA, Humberto. MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JR., Hermes e

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.[Recurso Eletrônico].

FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Book-seller, 2006.

FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. **Princípio da juridicidade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em:

http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9. Acesso em: nov. 2018.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à Banca. 2. ed. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 14, p. 9-68, abr./2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação**: conciliação e negociação. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HESPANHA, Antonio Manuel (1997), Le droit du quotidien, XIXe Conférence Marc-Bloch. Disponível em <http://cmb.ehess.fr/document123.html>.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema de adequação legal do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Corag, 1976. p. 161-170 Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

LACERDA, Galeno Vellinho de. **O código como sistema de adequação legal do processo**. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Corag, 1976. p.161-170 Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 7 – n. 2 – p. 289-324 - jul/dez. 2012. 317-318.

LEDERACH, John Paul. Transformação de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOREA, Roberto Arriada. Mediação Privada no juízo de Família. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/mediacao-privada-no-juizo-de-familia-1508243333>.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim, DAMASCENO, Marina (organizadoras). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos** [recurso eletrônico] – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação como faculdade das partes. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2060-2083 DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>.

MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação Como Faculdade das Partes. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 2060-2083. DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>.

MACEDO, Elaine Harzheim. Solução Consensual e a Audiência do Art. 334 do Novo CPC Versus Mediação como faculdade das partes. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2060-2083. DOI: 10.12957/rqi.2017.25819. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25819>.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. SALES, Lília Maia de Moraes. **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: ABC, 2003.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. São Paulo: Summus, 2008.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização, **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 52, jan./mar. de 2017, p. 221-258.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 59, p. 11-56, jul./dez. 2011.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 59, p. 11-56, jul./dez. 2011.

NICÁCIO, Camila Silva. Mediação de conflitos e emergência normativa. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 141-171, jul./dez. 2018.

NICÁCIO, Camila Silva. Mediação de conflitos e emergência normativa. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 141-171, jul./dez. 2018.

NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia, alteridades em diálogo. In Maria Tereza Fonseca Dias (org.). **Mediação, cidadania e emancipação social**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010. p. 151-168.

NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo. **e-cadernos CES** [Online], 2008. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1272>; DOI: 10.4000/eces.1272.

NICOLAU, Gilda. Entre Mediação e Direito: elementos para uma nova *ratio* jurídica. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 325-392, jul./dez. 2012.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-120.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código De Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 941.

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.

PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. **REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 1, nº 1, p. 110-125, Jul-Dez, 2014.

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. **Controle de juridicidade no âmbito da mediação judicial e o respeito aos direitos fundamentais das partes**. In I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC, 2016, Porto Alegre. I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

QUINTELA, Ana Carolina. A utilização de meios adequados de resolução de conflitos em demandas consumeristas. In MARQUES, Claudia Lima. REICHELT, Luis Alberto. **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 297.

REICHELT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n.3. p. 481-500.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. v. 162/2008, p. 330 – 351, ago./2008.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 258, 2010.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 258, 2016.

REICHELDT, Luis Alberto. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A REGULAMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. In Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG. Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes. SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os equivalentes jurisdicionais: mediação e conciliação. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun./ 2014.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: FORENSE. São Paulo: Método, 2011.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros passos).

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Organizadores). **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 (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de Conflitos**: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição /Fernanda Tartuce. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil/Ed. 82 - Jan/Fev 2018, p. 5 – 21.

TARUFFO, Michele. **Un'Alternativa alle alterantive**: modelli di risoluzione dei conflitti. Revista de Processo, São Paulo, n. 152, p. 328-330, 2007.

THEODORO JR., Humberto. O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 190 (2011): 237- 263.

THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2 (2010): 64-71.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência** - Medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Etienne Le Roy. *JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES* 2 (2017). **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 3, 2, 2017.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 109, p. 281-325, jan./dez, 2014.

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

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania Almeida. CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 44.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de Mediação**. Série Cadernos do CEJ, 22. Disponível em: [file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/Volume%2022%20%20MEDIACAO%20UM%20PROJETO%20NOVADOR%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/Volume%2022%20%20MEDIACAO%20UM%20PROJETO%20NOVADOR%20(1).pdf).

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. v. 195/2011. p. 381 – 389. Maio, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br