

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PROCESSO CIVIL**

Márcio Cândido Carneiro da Silva

**MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS
E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Porto Alegre
2016**

Márcio Cândido Carneiro da Silva¹

MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Processo Civil pelo Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre

2016

¹Advogado. Especialização em Processo Civil Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. E-mail: advcarneiro@yahoo.com.br

RESUMO: A presente monografia objetiva distinguir com supedâneo em análise da doutrina especializada os mecanismos de solução de conflitos com ênfase nas disposições do novo código de processo civil (Lei 13.105/15) e legislação esparsa. Conclui que o reforço legislativo aos meios alternativos decorre da própria evolução e complexidade dos conflitos gestados pela moderna sociedade de massas, antes mesmo da notória crise da jurisdição estatal, colocando-se interativamente ao lado da mesma e exigindo das partes e dos operadores jurídicos atenção ao critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução mais apropriado.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Conflito. Autotutela. Autocomposição. Heterocomposição.

SUMÁRIO

Introdução	5
Capítulo 1.- Conflito e Lide	5
1.1.- Conflito.....	6
1.2.- Lide.....	10
1.3.- Relação analítica entre conflito e lide.....	10
Capítulo 2.- Meios adequados para solução dos conflitos	11
2.1.- Autotutela.....	11
2.2.- Autocomposição.....	12
2.2.1.- Resultados da autocomposição: renúncia, submissão e transação....	13
2.2.2.- Métodos de autocomposição: conciliação e mediação.....	15
2.3.- Heterocomposição: arbitragem e tutela jurisdicional.....	18
2.4.- Síntese.....	19
Capítulo 3.- Crítica aos meios alternativos à solução de conflitos.	
Equivalentes Jurisdicionais	20
3.1.- Jurisdição e Arbitragem.....	20
3.2.- Jurisdição e Mediação.....	25
3.3.- Justiça Privada e o Novo Código de Processo Civil.....	32
Conclusão	37
Referências	38

INTRODUÇÃO

O interesse pela solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade angariou *status de política pública* (SPENGLER, 2016, p. 67) no Brasil a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça². A experiência acumulada com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei federal 9.099/95), com seus erros e acertos, bem como a da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), inspirou o legislador brasileiro de 2015 a renovar e reforçar os mecanismos da autocomposição dos litígios (transação, conciliação e mediação), tanto em regras cogentes inseridas na Lei 13.105/15 (doravante apenas NCPD), quanto na Lei nº 13.140, publicada em 29.06.2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Visa o presente trabalho, produzido no âmbito do curso de especialização em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, à breve exposição das características dos mecanismos de solução de conflitos, bem como análise crítica de seus aspectos teóricos na nova ordem jurídica processual.

A noção de *conflito* resulta da percepção da divergência de interesses entre as partes, a partir de fatores pessoais, psicológicos, econômicos e sociais, sendo, portanto, mais amplo que a clássica conceituação de *lide* como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (CARNELUTTI), como passa a expor.

CAPÍTULO 1.- CONFLITO E LIDE

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 180) destacam abertura do novo Código de Processo Civil para as formas autocompositivas de resolução de conflitos em que as partes interessadas resolvem por si mesmas a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material. A autocomposição pode ocorrer de forma espontânea (transação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito) ou de forma estimulada (conciliação e mediação). O Código de Processo

² O artigo 1º da Resolução afirma: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.” Vide www.cnj.jus.br.

Civil de 2015 amplia as oportunidades autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art. 334), seja pelo destaque que outorgou à categoria dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334).

Como adverte Petrônio CALMON (2015, p. 5), o tema da autocomposição se insere na *teoria geral do processo*³, ramo do direito processual que tradicionalmente vem se ocupando apenas dos aspectos jurídicos do conflito (*lide*) e dos institutos fundamentais relacionados aos meios de sua solução.

1.1.- Conflito.

A vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais (CALMON, Petrônio, 2015, p. 14 e seguintes). Trata-se da convivência humana, que embora não tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada, segundo Thomas HOBBS, mediante a elaboração de um contrato social. A teoria do contrato social procura explicar como os homens lograram um acordo para desarmarem-se mutuamente. Cada um renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico original e aparecem os primeiros limites da liberdade de ação. Surge, então, a necessidade da coerção, para

³ Não se desconhece a crítica tecida à expressão “teoria geral do processo” por MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, ob. cit., p. 21/24, acerca de sua pretensão de teoria *universal*, sem distinção de espaço e de tempo; *transordenamental* e *transsetorial*, que ao gosto da abstração acalentada pela teoria cognitivista resta descolada da realidade, preferindo os autores a expressão “teoria do processo civil”. Mantém-se, no entanto, a expressão pois assim vazada no texto de Petrônio Calmon, sem qualquer prejuízo à sua contextualização.

assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Acorda-se, então, criar o Estado.

Influenciado por KANT e RUSSEAU, aparece a teoria de John RAWLS, sustentando que em uma situação inicial há igualdade e liberdade para todos os homens e sob tais condições é possível realizar um acordo coletivo. Em sua construção imaginária de contrato, os homens ignoram o que os demais possuem e desejam, são iguais entre si e são racionais. Sobre essa base, as pessoas elegem os princípios que lhes assegurem as maiores possibilidades vitais. O sentido moral que têm os homens é a garantia de que os princípios acordados serão obrigatórios e respeitados. A versão contratual de RAWLS não contém um projeto de sociedade nem uma forma específica de governo. Para ele, o sistema legal é um ordenamento de regras coercitivas públicas, dirigidas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover o marco de trabalho para a cooperação social.

Ainda com supedâneo em Petrônio CALMON (2015), essas teorias demonstram uma particularidade em comum: os *homens lutam entre si*. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência.

O fato histórico, que reforça o suposto teórico, é que *sem acordo de vontades a convivência é impossível*. Não importando a opção filosófica, trata-se de um fenômeno intrínseco à condição humana, que nasce à medida que a regulação instintiva é substituída pela regulação social, que impõe a conduta como resultado de regras e normas, não sendo o mundo a soma das coisas vivas e inanimadas, mas sim o significado de todas elas.

Em geral as pessoas atendem à regulação espontaneamente, cumprindo as obrigações que assumem ou provocam. Mesmo surgindo controvérsias sobre a aplicação da lei, diante da vontade de conviver pacificamente, as pessoas tendem a elaborar soluções amigáveis, resolvendo com certa naturalidade suas relações. Todavia a sociedade não convive sem o direito (*uni societas ibi jus*). A tarefa da ordem jurídica é, pois, promover a harmonização das relações sociais, mediante normas de controle.

Prossegue Petrônio CALMON que o contrato social e mesmo a existência da norma jurídica não são suficientes para a *pacificação social*, porquanto nem sempre

o seu cumprimento é espontaneamente verificado. Ao atribuir a si a titularidade de um direito, entendendo alguém estar agindo de acordo com a ordem jurídica e dispondo-se a agir (*pretensão*) segundo esse direito, duas situações distintas lhe podem suceder: o exercício desse direito sem que algo ou alguém o impeça (gerando a *satisfação*) ou o não exercício deste direito por causa de obstáculos que são postos à pretensão (gerando a *insatisfação*). Os obstáculos postos à plena satisfação do direito podem advir da resistência de outrem ou da própria regulação jurídica, quando esta proíbe a sua satisfação voluntária. Aqui a pacificação social não é obstaculizada somente pela resistência de outrem, mas igualmente quando o próprio Estado impõe limites à plena e espontânea realização do direito.

Verifica-se, então, duas situações distintas ocorrentes nas relações sociais, uma *harmônica* e outra de *conflito*. A harmonia é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões.

O conflito, prossegue Petrônio CALMON, é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia.

O **conflito** resulta da percepção da **divergência de interesses**, é um *fator pessoal, psicológico e social*, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos. O conflito que envolve empresas é, ainda, um fenômeno econômico, que pode gerar consequências mais amplas. Quando envolve interesses que não podem ser individualizados (metaindividuais), a importância social do conflito é ainda maior. Os conflitos implicam em lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posição ou recursos (CALMON, Petrônio, 2015, p. 16).

SIMIONI e HELFER destacam, ainda, que a natureza conflituosa humana deve ser entendida como algo natural e passar a ser encarada de uma maneira positiva, pois foram a partir das dificuldades, dos conflitos e das controvérsias de modo geral que as sociedades progrediram nos mais variados aspectos (social, político, econômico, tecnológico, etc.) e que o ser humano vem atingindo o seu amadurecimento cotidiano.

Prossegue Petrônio CALMON que a doutrina especializada nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos considera o conflito em seus aspectos sociológicos, identificando-os em níveis diversos: *latentes*, *emergentes* ou *manifestos*.

Os *conflitos latentes* se caracterizam pelas tensões básicas ainda não desenvolvidas por completo e que não se converteram em um conflito muito polarizado, não sendo raro que as partes ainda não tenham tomado consciência de sua existência ou de sua possibilidade.

Os *conflitos emergentes* são disputas em que as partes reconhecem que há uma discrepância e a maioria dos problemas são evidentes, mas não se estabeleceu ainda a busca de sua solução.

Os *conflitos manifestos* são aqueles em que as partes se comprometem a uma disputa dinâmica e podem ter começado a negociar ou já foi estabelecido o impasse.

Ainda conforme Petrônio CALMON a definição de conflito que se destaca na doutrina do direito processual é a de CARNELUTTI⁴, que adotou a expressão *conflito de interesses* para referir-se ao *posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida*. Assim a relação entre a pessoa e o bem é qualificada de *interesse*, enquanto *conflito de interesses* ocorre quando duas ou mais pessoas possuem interesse sobre o mesmo bem. CARNELUTTI observa que o simples conflito de interesses não tem relevância jurídica, pois é possível que aquele que possui interesse se conforme com a sua insatisfação. Mas, ao contrário, é possível que tome uma atitude qualquer para obter o bem da vida objeto do conflito, exercendo, então a *pretensão*. Exercida a pretensão, ainda é possível que nenhum obstáculo impeça a satisfação do interesse. Mas é possível, também, que aquele que poderia satisfazer o interesse lhe oponha obstáculos, ou seja, **resistência**. Estar-se-ia, então, diante de um outro fenômeno, um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*, ou seja, *lide*.

⁴ *Sistema di diritto processuale civile*, t. I, p. 44.

1.2.- Lide.

Ainda com suporte nos ensinamentos de Petrônio CALMON, a lide ocorre quando alguém que tem interesse em um bem da vida exerce sua pretensão sobre esse bem, mas encontra resistência por parte de outrem. Neste caso, a situação que antes se apresentava apenas como um simples conflito de interesses passa a ser qualificada por uma pretensão resistida.

A definição da doutrina especializada antes exposta (conflitos *latentes*, *emergentes* ou *manifestos*) não inova, senão na linguagem, daquela revelada há muito por CARNELUTTI. Sua expressão conflito de interesses corresponderia aos dois primeiros níveis de conflito (*latente* e *emergente*), pois nesses não foram, ainda, tomadas atitudes para a efetivação do interesse. A *lide* não existe quando há apenas animosidade entre as partes. Embora possa advir de uma situação de fato, somente existirá a *lide* quando tiver ocorrido uma atitude concreta de *pretensão* e outra em sentido oposto, a *resistência*, o que corresponde, pois, ao *conflito manifesto*.

1.3.- Relação analítica entre conflito e lide.

Os termos *conflito* e *litígio* muitas vezes são utilizados como sinônimos (CALMON, Petrônio, 2015). Todavia, adotando o conceito de *lide*, conforme exposto por CARNELUTTI, considera-se coerente adotar o termo *litígio* como sinônimo de *lide*, enquanto para conflito permaneceria sua concepção mais ampla, qualquer conflito de interesses, mesmo que ainda não tenham sido manifestadas a pretensão e a resistência. Os mecanismos para a obtenção da autocomposição são úteis não só para resolver os conflitos manifestos (*lide*), mas, igualmente, os latentes e emergentes, os quais normalmente não são apresentados *ab initio* pelos envolvidos, mas costumam surgir no decorrer das tratativas.

O conflito é inerente à condição humana e, conseqüentemente uma característica da sociedade, que vivencia sua marcha constante, fenômeno que, exceto em plano religioso, não há quem vislumbre terminar. Quando um conflito parece resolvido, surgem outros que lhe tomam a atenção.

Os conflitos não são apenas fenômenos individuais, mas também, metaindividuais e sociais. A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar a solução.

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.

2.- MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Petrônio CALMON, com supedâneo em ZAMORA Y CASTILLO, classifica os mecanismos de soluções de conflito em: *autotutela*, *autocomposição* e *processo*.

2.1.- Autotutela.

Ensina CAHALI (2015, p. 43 e segs.) que, primitivamente, os conflitos de interesse eram solucionados por *autotutela ou autodefesa*, que representava a definição da questão litigiosa pela imposição da vontade do mais forte. Esse método de solução foi superado pelo monopólio da violência pelo Estado, impedindo, assim, que as partes fizessem uso de suas próprias razões. Petrônio CALMON, por sua vez, define autotutela como mecanismo de solução de conflito em que uma das partes impõe o sacrifício do interesse da outra. É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência. Nas sociedades organizadas a *autotutela* é, em regra, proibida com exceção apenas para situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela

nos casos de legítima defesa⁵; no direito civil permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a retenção por benfeitorias; no direito administrativo prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho segue como principal exemplo de autotutela o direito de greve⁶.

Nas relações internacionais, em que pesem a existência de tribunais internacionais e os esforços pelo fortalecimento da negociação e mediação diplomáticas, a autotutela ainda é uma forma usual de solução dos conflitos, onde se verificam a represália, o embargo, o bloqueio, a ruptura de relações diplomáticas e a guerra (CALMON, Petrônio, 2015, p. 24).

2.2.- Autocomposição.

Os principais mecanismos autocompositivos de solução de conflito são a *negociação*, a *conciliação* e a *mediação*. Lembra o autor que esse tema dos métodos alternativos integra aquilo que se designou de *terceira onda renovatória do direito processual civil*, da qual a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth é fonte de consulta obrigatória⁷.

Petrônio CALMON, por sua vez, destaca que a autocomposição se dá quando o envolvido, em atividade de disponibilidade, consente no sacrifício de seu próprio interesse, unilateralmente ou bilateralmente, total ou parcialmente, chegando-se aos resultados da *renúncia*, *submissão* e *transação*. Lembra o autor que tanto a

⁵ Código Penal Brasileiro, Crime Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

⁶ CRFB/88. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. §1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. §2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 71. No que diz respeito à terceira onda renovatória, os autores lecionam que, além de abranger a reforma dos procedimentos judiciais, a criação de determinados procedimentos especiais, a mudança de métodos para a prestação dos serviços judiciais e a simplificação do direito, também se inclui “*a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios*”.

autotutela quanto a autocomposição são consideradas soluções parciais, pois levadas a efeito pelas próprias partes, ou seja, pelos próprios envolvidos no conflito.

Impõe-se, neste momento, distinguir os *institutos jurídicos*.

2.2.1.- Resultados da autocomposição: renúncia, submissão e transação.

As distinções a seguir foram extraídas da doutrina de Petrônio CALMON (2015, p. 57-66).

Renúncia é um dos resultados possíveis da autocomposição, ocorrendo quando o titular da pretensão dela abre mão totalmente sem qualquer tipo de contrapartida dos demais envolvidos no conflito. É uma das espécies de autocomposição unilateral e como há abandono total da pretensão, sem qualquer exigência, prescinde da concordância da parte contrária. Pode ocorrer sem que haja processo judicial ou em seu curso, considerando a lei como o ato em que o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação. O efeito processual da renúncia é a resolução do processo com julgamento do mérito (art. 487, III, “c”, CPC/15). A diferença entre renúncia e desistência é que a renúncia refere-se ao direito material, enquanto a desistência refere-se apenas ao processo em curso. Na desistência, a sentença que põe fim ao processo é apenas terminativa (art. 485, VIII, CPC/15), ou seja, sem resolução do mérito, o que não impede a propositura de nova ação com o mesmo objeto. A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença (art. 485, §5, CPC/15), enquanto a renúncia ao direito pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive na execução (art. 924, IV, CPC/15).

Submissão, por sua vez, é um dos resultados possíveis da autocomposição, ocorrendo quando o titular da resistência dela abre mão totalmente, em atitude altruísta, sem qualquer tipo de contrapartida dos demais envolvidos no conflito. Caracteriza autocomposição unilateral e, como há abandono total da resistência, sem qualquer exigência, prescinde da concordância da parte contrária. Pode ocorrer no curso ou não de processo judicial. Havendo litígio judicial, importa no reconhecimento do pedido e resolução do mérito (art. 487, III, “a”, CPC/15). A submissão difere da confissão, pois a submissão importa no reconhecimento do

pedido, enquanto a confissão refere-se exclusivamente aos fatos narrados (art. 374, II, CPC/15).

Transação é a realização de acordo mediante concessões recíprocas. É um dos resultados possíveis da autocomposição. A palavra *transigir* tem sua origem nos vocábulos *trans* e *agire*, transmitindo uma ideia de superar, conduzir a um outro lado. Num sentido amplo, pode significar qualquer acomodação entre as partes sobre um direito litigioso ou incerto que ela tende a fixar. Em sentido estrito, é um ato jurídico bilateral, pelo qual, fazendo recíprocas concessões, as partes extinguem obrigações também recíprocas. A transação situa-se entre a renúncia e a submissão, ou, em outras palavras, entre o abandono da pretensão material e o abandono da resistência a essa pretensão. Renúncia e submissão são as duas espécies de autocomposição unilateral, enquanto transação é a espécie de autocomposição bilateral. A diferença situa-se exatamente na existência de concessões recíprocas que é condição *sine qua non* para a transação. As concessões recíprocas não implicam uma modificação da situação jurídica pré-existente, mas sim da pretensão e da resistência, pois constituem as posições das partes e é sobre essas que recai a transação. Verdade é que a transação será considerada “arbitrária ou infundada sem as concessões recíprocas”. Por certo não será transação o acordo que proporcione benefício a apenas uma das partes, ou mesmo quando a concessão for desprovida de realidade, ou seja, quando for impossível seu cumprimento. A *incerteza* é outro pressuposto indispensável da transação e pode incidir não apenas sobre o resultado material do processo, mas sobre todos os demais fatores, que só mesmo o litigante é capaz e legítimo para discernir. A dúvida, como elemento impulsionador da transação, não é apenas subjetiva, oriunda da própria situação de fato (*res dubia*), mas sim a dúvida objetiva, decorrente da lide (*res litigiosa*), da aferição de divergência entre dois sujeitos a respeito da existência ou não de um direito material. É certo que a caracterização da transação pela incerteza objetiva não elimina a hipótese fática de coexistir a dúvida subjetiva. Todavia, essa dúvida subjetiva é irrelevante, ou seja, não importa se as partes estão ou não totalmente convictas de seu direito, mas sim se há incerteza quanto ao que será resolvido sobre ele (e quando será resolvido), quer pelo juiz, no processo, quer pelas próprias partes, em futuro acordo. Sentença e transação, nesse ponto, se equivalem, pois põem fim à incerteza e resolvem definitivamente o

litígio, eliminando a dúvida e determinando uma nova e certa situação jurídica (art. 487, III, “b”, CPC/15). A caracterização da incerteza objetiva como elemento da transação tem sua importância, ainda, no debate sobre a *lide temerária*, rechaçada pelo direito. A irrelevância da *res dubia* e a suficiência da *res litigiosa* como pressuposto para a transação não significam sua validade quando uma das partes é consciente da inexistência de qualquer elemento de probabilidade de ser titular de algum direito subjetivo. Para CARNELLUTI a transação de lide temerária deve ser considerada nula, seja por falta ou por ilicitude da causa. Por fim, recorde-se que no Código Civil de 1916, a transação vinha disciplinada como um modo de extinção das obrigações ao passo que no Código Civil de 2002 constitui uma espécie de contrato (arts. 840 e seguintes, CCB/02), que constitui título executivo extrajudicial (art. 784, IV, CPC/15) e, caso homologada judicialmente, título executivo judicial (art. 515, II e III, e § 2, CPC/15).

A transação pode ser, ainda, espontânea, quando celebrada entre as próprias partes sem auxílio de terceiros, ou estimulada, hipótese em que é objeto dos métodos de solução de conflito denominados *mediação* ou *conciliação*.

2.2.2.- Métodos de autocomposição: conciliação e mediação.

Conciliação e mediação são métodos de solução consensual que visam à autocomposição dos conflitos (art. 3, §3, CPC/15).

Atualmente existe um *conceito legal* para o instituto da *mediação*, vertido no parágrafo único do art. 1º, da Lei 13.140/15, para a qual considera-se mediação a *atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*.

O termo mediação, como destaca Petrônio CALMON, “provem do latim *mediare* = estar no meio, que exprime o conceito de neutralidade do mediador”. Assim a mediação é um dos instrumentos de pacificação social que se caracteriza pela autocomposição voluntária, na qual um terceiro não envolvido com o conflito atua, de modo passivo ou ativo, como facilitador da retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois da instauração do conflito. O foco da mediação é o conflito e não a solução, pretendendo o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio

de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada (SIMONI e HELFER).

Convém destacar, no entanto, que, mesmo se as partes não chegarem a um consenso após a mediação, o fato de se abrirem para um método voluntário de restauração do diálogo produtivo promove uma tomada de consciência das posições de cada parte envolvida. Essa tomada de consciência permite uma redução do desgaste emocional dos conflitantes e o respeito às divergências. Este resultado de mútuo entendimento e compreensão cria uma expectativa de cumprimento espontâneo da solução apresentada por um terceiro quando utilizado qualquer dos outros métodos de pacificação social (SIMONI).

Em relevante obra de consulta obrigatória, Fabiana Marion SPENGLER (2016) explica de forma sintética e objetiva, as principais diferenças entre mediação e conciliação a partir de quatro critérios: (a) tipo de conflito, (b) papel do terceiro (mediador/conciliador), (c) objetivos perseguidos e, por fim, (d) técnicas empregadas e dinâmica das sessões.

Quanto ao conflito, na conciliação existem conflitos esporádicos, sem relacionamento prévio ou posterior entre os conflitantes, trazendo como exemplo relações de consumo e acidentes de trânsito. Já na mediação os conflitos envolvem pessoas que possuem relacionamento anterior e que, espera-se, continuarão íntegros após a resolução do mesmo. Exemplo típico são os conflitos de família, sucessório, vizinhança e relações de amizade.

Quanto à função do mediador/conciliador: na mediação há uma terceira pessoa que atua como mediador, ajudando os conflitantes a restabelecer a comunicação. O mediador não sugere, não propõe, não orienta. O conciliador, ao contrário, é o terceiro que pode sugerir, propor, orientar e até mesmo direcionar o debate e seus resultados.

Conciliação e mediação também diferem quanto aos objetivos perseguidos por suas respectivas técnicas. A mediação busca um tratamento adequado ao conflito que gere comunicação e satisfação dos envolvidos. O acordo pode ser uma consequência dessa dinâmica, mas um procedimento de mediação que não tenha encerrado com um acordo não poderá ser chamado de inexitoso se possibilitou que os conflitantes voltasse a conversar. A mediação, prossegue SPENGLER, busca o consenso e a efetiva pacificação da questão social subjacente ao conflito. A

conciliação, por sua vez, tem por alvo principal alcançar o acordo, por isso é um procedimento focado na necessária composição entre as partes. O objetivo da conciliação é solucionar o litígio mediante um acordo.

Por fim, quanto às técnicas empregadas e à dinâmica das sessões, a mediação prevê o emprego de técnicas voltadas para a escuta e o desvelamento do real interesse envolvido no conflito. É um procedimento voltado aos conflitantes que se tornam protagonistas de suas histórias e da construção de respostas aos seus problemas. A mediação prevê sessões mais longas do que a conciliação, bem como a remarcação das mesmas quando necessário para manutenção e amadurecimento do diálogo para posterior tomada de decisões conscientes. Já a conciliação prevê o uso de técnicas de negociação mais voltadas para o acordo propriamente dito, ela estimula propostas e contrapropostas dos conflitantes e do conciliador. A conciliação acontece em sessões mais curtas e a hipótese de remarcação de novos encontros não é tão frequente.

Os traços distintivos entre os mecanismos de conciliação e mediação consagrados pela doutrina foram, em parte, assimilados pelo direito positivo brasileiro, tanto no próprio conceito legal de mediação acima exposto (art. 1º, parágrafo único, Lei 13.140/15), quanto no artigo 165, §§ 2º e 3º do NCPC, que assim dispõe:

“Art. 165. (...)

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

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

2.3.- Heterocomposição: arbitragem e tutela jurisdicional.

As principais formas heterocompositivas de solução de conflito são promovidas através do processo judicial, desenvolvido pelo Poder Judiciário, e pelos procedimentos realizados na arbitragem.

Na *jurisdição* o que põe fim ao conflito é a *tutela* (sentença de mérito ou medida concreta de satisfação do direito já certificado). Com supedâneo em BEDAQUE, lembra Petrônio CALMON (2015, p. 29) que a jurisdição sai de sua inércia pelo exercício da ação. Estabelece-se uma relação jurídica entre autor e juiz, que depois de chamado o réu para se defender, tende a se desenvolver, segundo um procedimento estabelecido em lei, até o provimento final, cujo conteúdo é a tutela jurisdicional. A técnica da *tutela antecipada* não altera esse conceito, pois não se trata de tutela definitiva. Poderia se afirmar que a tutela antecipada põe fim ao conflito precariamente, mas não é isso que ocorre, uma vez que, após a concessão da tutela antecipada, a parte que antes resistia à pretensão passa a pretender que o bem da vida lhe seja devolvido.

Processo e tutela não são termos exclusivos da atividade estatal exercida pelo Poder Judiciário, pois a arbitragem, igualmente, é um mecanismo de imposição da decisão por um terceiro imparcial, embora seja desvinculado de qualquer órgão estatal e seja escolhido pelas partes mediante compromisso (CALMON, Petrônio, 2015).

A arbitragem, no dizer de CARMONA (2007, p. 51), é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial, sendo colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se, portanto, de mecanismo privado de solução de litígios, mediante o qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.

CAHALI acrescenta que na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, como um *método adversarial*, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário. Neste contexto – prossegue CAHALI - consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas *a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão*. A participação das partes, neste instrumento, volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio.

O mecanismo da heterocomposição caracteriza-se, portanto, pela presença de um terceiro imparcial, dotado de autoridade e poder, responsável por impor a solução do conflito às partes que mantem-se adversárias.

2.4.- Síntese

Considerando os três meios de solução de conflitos (*autotutela, autocomposição e heterocomposição*), Petrônio CALMON (2015, p. 30) estabelece interessante paralelo a partir das duas ordens opostas: ordem consensual e ordem imposta.

A *ordem consensual* é negociada e autocompositiva, não-adversarial, em que as partes mantêm o controle sobre o procedimento e sobre a decisão final, escolhendo o mecanismo mais apropriado, levando em consideração o tempo necessário para se chegar à solução, o custo, o lugar e a pessoa que eventualmente atuará como facilitador. As partes chegam a soluções suscetíveis de satisfazer os interesses de ambos, conservam o relacionamento entre si e preservam a confidencialidade dos fatos que geraram o conflito, do relacionamento e do próprio procedimento e sua solução.

Na *ordem imposta* estão a subordem de imposição unilateral (autotutela) e a subordem heterocompositiva ou adversarial. Na subordem heterocompositiva, a solução é imposta por um terceiro alheio à vontade das partes, mediante um ato de

autoridade e poder. Se baseia em uma norma geral ou em equidade e não nos interesses das partes, que sob a expectativa de uma decisão, se põem como adversários. Ao final, um será o vencedor e o outro o sucumbente.

Acompanhando integralmente CAHALI (p. 29), na verdade, as pessoas, de um modo geral, perderam a capacidade de superar as suas adversidades, acomodando-se na entrega de seus litígios para serem resolvidos por um terceiro, postura que serve de base para a já conhecida *cultura do litígio*.

CAPÍTULO 3 – CRÍTICA AOS MEIOS ALTERNATIVOS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS.

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esta é uma garantia e direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5, inciso XXXV, que concretiza o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição em nosso ordenamento jurídico. Não é demais lembrar que esse princípio possui longa e relevante trajetória na história do constitucionalismo ocidental e na própria teoria e formação do Estado Constitucional a partir da Revolução Francesa.

Em face de tal garantia, pergunta-se: os meios adequados de solução de conflitos manifestos já expostos (mediação, conciliação e arbitragem) são ou não jurisdicionais? Como se verá, o pano de fundo do questionamento é a oposição entre *justiça privada* e *justiça estatal*, onde se debate, em outras palavras, os limites da autonomia da vontade privada em face da soberania estatal e suas implicações sociais.

3.1.- Jurisdição e Arbitragem.

A discussão a seguir foi extraída de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 174-180) com adaptações tópicas que não prejudicam seu conteúdo.

A jurisdição é um método heterocompositivo, na medida em que o juiz, terceiro imparcial, resolve o conflito existente entre as partes. O exercício da jurisdição está fundado na soberania estatal e tem sua legitimidade atrelada à Constituição, especialmente à observância dos direitos fundamentais materiais e

processuais. A arbitragem também é um método heterocompositivo de solução de conflitos, admitido no direito brasileiro desde o advento da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96) que apareceu frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais.

Afirmou-se, logo após a publicação da referida lei, que não é possível excluir do Poder Judiciário o julgamento de um conflito e, portanto, que tal lei era inconstitucional. Em resposta, foi dito que a atividade do árbitro também é jurisdicional e, assim, as dimensões da jurisdição teriam sido ampliadas, o que daria legitimidade constitucional ao julgamento do árbitro.

Lembram os autores, contudo, que a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. Em razão de uma primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem, a doutrina, após a publicação da mencionada lei, passou a imaginar que a legitimidade da exclusão do Judiciário em relação aos conflitos dirimidos pelo árbitro fosse a atribuição de natureza jurisdicional à sua atividade.

A discussão em torno da constitucionalidade da arbitragem – isto é, da ideia de excluir o Judiciário do julgamento dos conflitos levados ao árbitro – foi completamente desvirtuada, uma vez que a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da *autonomia da vontade*, sendo correto se dizer que a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e arbitragem.

A regra que reconhece a inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CRFB/88) evidentemente não proíbe que pessoas capazes possam excluir a possibilidade de o Poder Judiciário rever conflitos que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, não há qualquer cabimento em pensar em violação à regra da inafastabilidade quando as partes, usando livremente da vontade, optam pela arbitragem. Nesse caso, como é óbvio, não se exclui direito algum do cidadão ou se retira qualquer poder do Estado, pois os litigantes, quando

se definem pela arbitragem, exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade.

Asseveram os autores, no entanto, que não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. Aliás, salientam que é até risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada.

Na verdade, faltaram a essa discussão as lembranças da essência da jurisdição e da sua “unidade”. Essa se funda na incontestável ideia de que a jurisdição não admite divisões, pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias. Contudo, quando se alude a essa elementar unidade, aceita-se como premissa que a jurisdição é uma manifestação do poder estatal.

Portanto, não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, cuja legitimidade decisória deriva da autonomia das partes, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outras, pelas regras da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, cujo fundamento de validade deriva da soberania estatal e da observância das normas constitucionais.

A *jurisdição* somente pode ser exercida por uma pessoa *investida* na autoridade de juiz, após aprovação em concurso público de provas e título (art. 93, I, CRFB/88). É *indelegável*, pois nenhum dos “Poderes”, como é óbvio, pode delegar os poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição. Ademais, o poder outorgado a um determinado juiz nada tem a ver com a sua conveniência pessoal, mas com a otimização e efetividade da prestação da justiça. Se fosse possível ao juiz tratar dos seus poderes segundo sua própria conveniência, utilizando-se deles ao seu bel-prazer, não só de nada adiantaria a regra da investidura, como não seria possível garantir ao cidadão o direito a um juiz natural. Aliás, uma das mais importantes garantias constitucionais do cidadão frente a jurisdição é aquela que lhe confere um

juiz natural, ou pré-definido pela Constituição e pela lei, o qual, por sua vez, também possui *garantias, impedimentos e vedações* que objetivam a sua independência e imparcialidade⁸.

Prosseguem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015), afirmando que como a arbitragem funda-se na autonomia da vontade, e a sua própria lei teve o simples intuito de regular uma forma de manifestação da vontade, é claro que a opção pelo árbitro implica abrir mão de uma série de garantias e, assim, uma escolha entre duas formas distintas de resolução de conflitos. Tanto é verdade que essa escolha apenas pode ser feita por pessoas “*capazes de contratar*” diante de “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

Frisam os autores que a jurisdição não pode ser caracterizada a partir da “*pacificação social*”. Isso não apenas porque a pacificação social não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e ninguém jamais ousou qualificá-las como jurisdicionais somente por esse motivo.

A jurisdição, no Estado Constitucional, além de ter uma dignidade que advém do fato de ter o dever de dar tutela aos direitos, especialmente os direitos fundamentais materiais – seja na sua proteção propriamente dita, como preservação da sua integridade, seja na implementação dos direitos fundamentais sociais -, não mais se resume a um poder de mera afirmação das leis, haja vista que, depois de compreender os casos concretos a partir dos valores constitucionais da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais, fazendo valer os nortes da organização do Estado e da sociedade proclamados pela Constituição.

A arbitragem, por sua vez, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a uma classe bastante restrita da população – que pode pagar pelos seus custos -, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por peculiaridades próprias, geralmente desconhecidas

⁸ A Lei 13.140/15, que dispõe sobre o procedimento de mediação, estabelece no inciso I, do seu art. 2º, o princípio, entre outros, da imparcialidade do mediador, estabelecendo em seu art. 5º que ao mediadores aplicam-se as mesmas hipóteses legais e impedimento e suspeição do juiz.

pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares a elas acostumados. De modo que a arbitragem não é apenas preocupada com direitos patrimoniais disponíveis relativos aos negócios dos grandes empresários, como também trata de conflitos que dependem, para sua solução, do simples manejo de conhecimentos técnicos específicos.

Ora, não é preciso dizer que a solução de conflitos desse porte, preocupada especialmente com a afirmação de regras técnicas relativas a atividades empresariais, está muito longe de poder ser comparada com a substância do que dá forma à jurisdição no Estado constitucional.

A mistura da atividade do árbitro com a atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, além de desqualificar a essência da jurisdição no quadro do Estado Constitucional, coloca no mesmo patamar objetivos que nada têm em comum, pois não há como relacionar o dever estatal de dar tutela aos direitos com a necessidade de se conferir a determinados conflitos julgadores dotados de conhecimentos técnicos particulares. Isto quer dizer que, *ainda que uma norma afirme que a arbitragem tem natureza jurisdicional, isto não mudará a essência das coisas, podendo apenas recomendar a que se fale em jurisdição estatal e em jurisdição arbitral, guardadas as suas diferenças.*

Concluem os autores que não há, portanto, qualquer motivo para equiparar a jurisdição com a atividade do árbitro. Na verdade, essa equiparação às vezes é forçada somente para permitir a conclusão de que a lei da arbitragem é constitucional. Não obstante, como já demonstrado, não é preciso afirmar que a atividade do árbitro é jurisdicional para aceitar que o Poder Judiciário não pode rever as decisões por ele proferidas.

Isso para não falar que a instituição da arbitragem revela uma inocultável exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente dos conflitos sensíveis a uma classe social muito privilegiada, o que pode significar a intenção de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas.

Perceba-se que, embora a afirmação do Estado se imponha especialmente quando se pensa na necessidade de uma força superior (estatal) para dar solução aos conflitos entre os particulares – e isso seja aceito pelos partidários da ideia de Estado mínimo -, determinados sujeitos particulares não desejam que o Estado

interfira nos seus negócios e nos seus conflitos e, sob o argumento da necessidade de encontro de uma pessoa (árbitro) especialmente capacitada para lidar com eles, na verdade pretendem excluir a jurisdição do seu controle.

A ausência de controle estatal, até mesmo sobre a regulação dos conflitos, caracteriza o projeto neoliberal. Ou melhor: o projeto neoliberal deseja a mínima interferência possível do Estado e, assim, certamente pressupõe as ideias de autorregulação e autorresolução dos conflitos, tendo a arbitragem como mecanismo próprio para tanto e, dessa maneira, como parte da engrenagem para o desenvolvimento livre do mercado.

Acontece que a construção de um lugar próprio à solução dos conflitos faz surgir, como consequência natural, o desinteresse dos donos desses conflitos pela efetividade do Poder Judiciário, especialmente quando se percebe que os litigantes dos casos entregues à arbitragem podem ser os réus nas demandas propostas pelos particulares e pelo próprio Estado perante a jurisdição. E essa lógica pode fazer surgir duas classes de justiça – a “justiça privada” e a “justiça pública” -, ambas igualmente servindo à mesma classe social, em um local preocupada com a efetividade e com a tempestividade e no outro apostando na inefetividade e na demora.

Além do mais, o perigo de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devida atenção à justiça estatal, mas também em permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.

3.2.- Jurisdição e Mediação.

O debate que opõe *justiça privada* e *justiça estatal* não se restringe à jurisdição e arbitragem, meios heterocompositivos de conflitos, mas estende-se também aos meios autocompositivos, tais como a mediação.

Lapidares, nesse sentido, são as palavras de SPENGLER (2016, p. 22-28) de quem extraímos o debate que segue com adaptações tópicas que não comprometem seu conteúdo.

Para que seja exitoso o procedimento de mediação, é necessário que exista equilíbrio das relações: não obterá êxito a mediação na qual as pessoas estiverem

em desequilíbrio de atuação⁹. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á harmonia através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se um método conciliatório.

Porém, se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da harmonia e da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quanto à sua utilização e se torna alvo de críticas dos juristas brasileiros?

Para a autora, o ponto de maior relevância é a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual; de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha dos mediados, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador – figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão -, soa na mente dos juristas como um resquício de justiça privada. Percebe-se, neste último caso, que a mediação é vista como “una zona d'ombra” (zona de sombra do direito) na qual se aninha o perigo através de formas paternalistas de controle social, exercitadas sem as tutelas que a justiça formal oferece.

Nesse contexto, a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o Direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu. No entanto, opor a mediação ao Direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los como instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade.

Consigna a autora que MICHELE TARUFFO escreve sobre o tema traçando um paralelo entre a “cultura do direito” e a “cultura da mediação”, tecendo críticas à segunda, especialmente quanto à inexistência de previsão e certeza em suas técnicas de tratamento dos conflitos. Assim, *“tutto questo non deve però far pensare che la cultura dei diritti sia in fase di estinzione, per essere sostituita da una vera e propria cultura della mediazione, e che quindi l'ordinamento si vada*

⁹ A Lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação, estabelece como um dos princípios do procedimento de mediação a *isonomia entre as partes* (art. 2º, inciso II, Lei 13.140/15).

complessivamente adeguando a questa sorta di mutazione culturale. La vera ragione della proliferazione, soprattutto legislativa, della mediazione, è culturalmente assai meno qualificata e risiede nella conclamata incapacità del legislatore di provvedere forme decorose di tutela giurisdizionale dei diritti” (TARUFFO in Ars Interpretandi 2004).

Mas nem todos aqueles que se ocupam da mediação concordam com a tão aclamada necessidade de juridificação através da criação de legislação específica que a regulamente, determinando seus objetivos, formas e possibilidades. O temor nasce da possibilidade de perda de seu caráter não decisionista e não autoritário de tratamento de conflitos. O que não se pretende é ver cristalizadas as suas principais características que lhe permitem conservar a fluidez possibilitadora de adequação a situações diversas.

O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. A alteridade da mediação quanto ao Direito nasce dos fins e dos princípios que a inspiram, de uma modalidade diversa de entendimento das relações interpessoais. Nestes termos, mediação e Direito propõem dois modelos diversos na forma, na estrutura decisional e, principalmente, nos princípios inspiradores.

Mas, não obstante as vantagens oferecidas pela mediação, ela não possui só adeptos. Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos seus aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídicas.

A tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparados ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Essa afirmativa divide-se em dois pontos principais.

Primeiro ponto, a assimetria do poder, segundo a qual o fato de confiar o tratamento do conflito a uma figura portadora de autoridade pode depender da presença de uma assimetria de poder na relação. Nesse sentido, o modo de assegurar uma adequada proteção à parte mais fraca dos conflitos é um problema

ressaltado por Michele TARUFFO, quando argumenta: “[...] *nonché il problema di ammettere o di escludere la presenza dei difensori, di una parte o di entrambi le parti. In ogni caso, sembra necessario che vi sia un procedimento 'visibile', guidato da regole predefinite, nel quale tutte le parti abbiano modo di far valere le loro pretese in modo adeguato. [...] informalità del procedimento non può significare disparità ed arbitrio.*” (TARUFFO in *Ars Interpretandi*, 2004). Aquele que está em desvantagem sabe que, se a resolução depende da autonomia, é possível que o acordo final requeira grandes concessões suas. Contudo, mediante a intervenção de uma autoridade que estabeleça a solução, a princípio, existe a confiança de não ocorrer pressões para que estas concessões aconteçam.

Segundo ponto: a preservação das relações futuras, uma vez que se um dos conflitantes impõe sua posição ao outro, provavelmente prejudica a sua relação futura. Um tanto quanto paradoxal esta afirmação, uma vez que a mediação também pretende manter e proteger o relacionamento futuro entre os conflitantes, justamente por isso um dos seus objetivos é manter um canal aberto de comunicação entre eles, pondera a autora.

Nesse mesmo contexto, o tratamento de conflitos baseado na certeza busca soluções objetivas, e não posicionamentos que expressem preferências, crenças ou desejos das partes envolvidas. Em resumo, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da “solução”. O processo termina com uma “solução” para o conflito, na qual o juiz diz a última palavra, não importa se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última. Segundo Eligio Resta, “bela é a expressão de Blanchot: 'o valor' soberano da palavra!'. A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica. É sua expressão e seu veículo. Nela, sedimentam-se a validade e o vigor. A gramática dela é a gramática de um poder, que 'diz o direito', ou melhor, 'diz a última palavra'. A sua validade está toda em ser a última palavra. Certamente que outras linguagens reivindicarão esta definitividade; o farão a religião, a filosofia, a ética, até a literatura, de maneira mais sóbria, talvez menos prepotente e mais cintilante. Cada uma delas produzirá juízes; de resto, na linguagem comum, diz-se 'cuspir sentenças', que indicam o vício inveterado de cada um de nós julgar. [...] De um ponto de vista frio do sistema social, tudo isso é um dos mecanismos para interromper a maldosa infinitude da violência e ferir a própria

capacidade de conviver com ela. Somos obviamente distantes do exercício de artes ou de práticas da virtude, da prudência” (*apud* RESTA, 2005, p.64).

Na mediação não é assim, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado de seu conflito. Nestes termos, a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são sempre os jogadores que controlam a partida.

De fato, o que a mediação propõe é um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas, abrindo-se à participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou. Contudo, esse modelo diferenciado que propõe outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos), uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex previa*, o que permitirá um grau maior de atenção ao caso concreto, favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Ao criticar a mediação como meio de tratamento de conflitos, argumentando também em torno da falta de certeza e de previsão legal, Michele TARUFFO salienta dois temas aos quais dá especial atenção. O primeiro deles está ligado à figura do mediador que, segundo o autor, deveria apresentar ao menos duas ordens de características: uma adequada preparação profissional, que inclua não só competências jurídicas, mas também um específico conhecimento das técnicas de mediação; o segundo diz respeito à independência e imparcialidade quanto às partes e ao objeto do litígio, uma vez que, não observados tais critérios, poderia favorecer um dos lados em detrimento do outro, alcançando um tratamento não satisfatório do conflito (TARUFFO, 2004).

Ainda, a falta de previsibilidade no procedimento de mediação institui uma segunda problemática constituída na inexistência de expectativas *ex ante*, baseadas sobre uma regra que resolva o conflito e faça com que as previsões sobre como se comportará o outro sejam ligadas à história dessa pessoa. A questão se torna problemática porque uma vez aceito que a relação conflitual se manifeste nas histórias dos atores e que as suas previsões são funcionais a tais histórias, é muito

provável que cada um faça previsões não compartilhadas e até mesmo opostas. Essa visão é traduzida por Michele Taruffo quando argumenta que a mediação possui tradicionalmente uma ideia que se assemelha a uma *black box*, na qual ninguém sabe ou deve saber que coisa acontece, e na qual o mediador e as partes fazem aquilo que querem sem seguir nenhuma “*regola del gioco*”. Esse é um dos argumentos nos quais se fundam as críticas sobre a mediação também no território brasileiro.

O desencontro de posicionamentos vertidos de uma situação conflituosa, a figura do mediador enquanto terceiro intermediário do conflito, a inexistência de previsibilidade e certeza jurídicas são vistos como limitadores da mediação. Essa visão nasce da necessidade de ordem estabelecida pelas prerrogativas de um sistema jurisdicional cuja racionalidade vê na autoridade estatal o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio. O que se observa é a necessidade de limitar a violência e a desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado.

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração social que possa refutar o espírito, os usos e costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes. A mediação oferece tudo isso, a sua especificidade e a sua função essencial é justamente acolher a desordem. De que modo? O conflito é a manifestação mais representativa da desordem (independentemente se individual ou coletivamente), para que possam tratá-lo, as partes devem estar conscientes do caráter excepcional do encontro que emerge da mediação. No curso do procedimento de mediação, a cólera, as diferenças (não reconhecidas ou não aceitas), os desejos obstaculizados e a violência têm o direito de existir. Os mediadores se encontram em frente a um perseguido e a um perseguidor (e vice-versa). Somente uma rigorosa representação do conflito pode acolher a desordem e representar cada momento do drama, deixando o seu espaço e seu tempo.

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, 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 a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem na relação com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que permite formar identidades culturais e integrar-se 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 deveres reparadores e transformadores.

Por isso a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático, porque rompe, dissolve, os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada.

Mas críticas existem também quanto aos aspectos democráticos da mediação, que são apontados como meios de possibilitar a dominação sobre os mais fracos, não servindo para restaurar as relações comunitárias, pelo contrário, destruindo-as em razão de sua inspiração essencialmente individualista. Assim, primeiramente concebida para deixar de lado a burocracia judiciária da justiça formal, ela seria substituída por uma nova corporação de profissionais da justiça informal. Porém, não se pode confundir o formalismo e a exigência de formas. O primeiro é estéril, a segunda se constitui em garantias para os pleiteantes “como a checagem dos instrumentos de voo garante a segurança dos passageiros nos aviões”. Ademais, os ritos constituem um comportamento simbólico que se bem utilizados podem introduzir o conflito em um procedimento que visa desarmá-lo, tratá-lo, restaurando a continuidade da troca social.

A mediação é democrática porque acolhe a desordem – e, por conseguinte, o conflito – com possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionalizada

que tenha por base um direito inclusivo. A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de “resolução adversária de disputas jurídicas modernas”, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma metodologia que faça novas abordagens ao contexto conflitivo atual, conclui SPENGLER (2016, p. 28).

3.3.- Justiça Privada e o Novo Código de Processo Civil.

A desconfiança sobre a qualidade da justiça realizada no domínio privado é milenar e remonta às origens da própria civilização ocidental. Em capítulo onde discorre sobre domínio público e privado, ARENDT (2014, p. 42) nos recorda que o tratamento equitativo dos escravos, que Platão recomenda nas Leis, pouco tem a ver com a justiça, e não é recomendado *“devido a uma consideração com os escravos, mas mais por uma questão de respeito por nós mesmos.”* Sobre a coexistência de duas leis, a lei política da justiça e a lei doméstica do domínio privado, consigna: *“A jurisdição antiga, especialmente a romana, relativa a assuntos domésticos, tratamento de escravos, relações familiares etc., destinava-se essencialmente a restringir o poder do chefe de família, que, não fosse isso, era ilimitado; era impensável que pudesse haver um regime de justiça dentro da sociedade inteiramente ‘privada’ dos próprios escravos, que, por definição, se situavam fora do âmbito da lei e sujeitos ao domínio dos respectivos senhores. Somente o senhor dos escravos, na medida em que era também um cidadão, estava sujeito ao controle das leis, que, em benefício da cidade, eventualmente restringia até seus poderes no lar.”*

A histórica expansão do domínio privado sobre o público ensejou, no entanto, o fenômeno da esfera social na moderna sociedade de massas e que tem desafiado desde o final do século XIX até a atualidade os limites daquelas tradicionais concepções entre esfera pública e privada (ARENDR, 2014).

Não à toa a própria história da ciência processual registra, a partir do final do século XIX (mais precisamente, 1895, com Franz Klein) mais uma etapa do seu eterno movimento pendular, afastando-se o modelo liberal, onde o processo era assunto exclusivo das partes, para assumir um aspecto público e formalista, ao qual se sobrepuseram as fases do instrumentalismo e do formalismo valorativo (OLIVEIRA, 2010).

Também quer parecer que a segurança jurídica não pode ser erigida ao patamar de direito fundamental absoluto porque deste se assegura apenas o núcleo essencial (BARROSO, p. 199 e seg.), principalmente numa época em que a insegurança jurídica parece provir da própria profusão legislativa, que exige do operador jurídico e intérprete da norma o diálogo e coordenação das fontes formais do direito (MARQUES, 2012).

Nesse passo, a abertura do novo código de processo civil (Lei 13.105/15) para a justiça privada¹⁰ não decorre apenas de uma evidente crise do modelo estatal de resolução de conflitos, mas também do reconhecimento da evolução e complexidade dos próprios conflitos gestados pela moderna sociedade de massas. A disposição do NCPC em seu artigo 3º de que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, mais do que simples homenagem tautológica à histórica garantia constitucional, reafirma a regra geral para solução de conflitos no Estado Constitucional: a jurisdição. Mas parece que assim procede apenas para alçar também à condição de normas fundamentais do processo civil os métodos de solução consensual de conflitos, quando confirma a permissão à arbitragem, na

10 Exemplo paradigmático da abertura do novo CPC para a justiça privada, entre outros tantos além dos métodos de solução consensual de conflitos, é a própria possibilidade de *negócios processuais*, antes ou durante o processo, conforme disposto no artigo seu 190, *in verbis*: “*Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.*”

forma da lei (§ 1º, art. 3º, NCPC), obrigando o Estado a promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (§2º, art. 3º, NCPC) e impondo aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (§3º, art. 3º, NCPC).

Evidente que a eleição do método mais adequado à sua solução (transação, mediação, conciliação, arbitragem ou jurisdição) depende das peculiaridades do próprio conflito concreto e, o que resta cada vez mais evidente, da própria disposição das partes que, se não estiverem autorizadas ao uso dos mecanismos de autotutela permitidos pelo ordenamento jurídico, ainda podem renunciar ao direito ou cumprir espontaneamente a obrigação.

Ao menos no que trata de métodos consensuais de conflitos, parece ter parcial razão os doutrinadores que sustentam ter o novo código de processo civil inaugurado um “*museu de novidades*”. A solução consensual dos conflitos sempre esteve arraigada em nosso ordenamento jurídico, do que é exemplo na seara trabalhista o art. 764, da CLT (Decreto-lei 5.452, de 1.05.1943), segundo o qual os dissídios individuais e coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação, devendo os juízes e tribunais empregarem sempre os seus “*bons ofícios e persuasão*” no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos. Na esfera trabalhista coletiva, o estímulo à arbitragem está consignado na própria Constituição (art. 114, §1, CRFB/88). E o próprio CPC/1973, artigo 331, já previa regra explícita estimulando a conciliação na audiência preliminar, que substituiu o original despacho saneador.

Algumas alterações legislativas trazem, contudo, efetivas novidades e também perplexidades que merecem atenção da doutrina especializada. Trata-se, aqui, da Lei 13.140/15, que regula o instituto da mediação, já noticiada no presente trabalho. Ao par de conceituar a mediação como atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e as estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (parágrafo único, art. 1º), especifica no *caput* do seu art. 3º que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou direitos *indisponíveis que admitam transação*, exigindo para esta última hipótese homologação judicial e oitiva do Ministério Público. Certamente a conceituação e

identificação fática dos referidos direitos *indisponíveis transigíveis* ensejará dificuldades que só aumentam se considerarmos a possibilidade de uma das partes ser pessoa jurídica de direito público (ver capítulo II, da Lei 13.140/15, que trata da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público). Como acomodar a possibilidade de mediação entre o particular e pessoa jurídica de direito público (art. 32, inciso II, Lei 13.140/15) com o princípio do procedimento de mediação que corretamente pressupõe a *isonomia entre as partes* (art. 2º, inciso II, Lei 13.140/15)? E na prevenção ou resolução administrativa de conflito entre órgãos e entidades da administração pública (art. 32, *caput* e inciso I, Lei 13.140/15), incidem princípios íncitos e essenciais à caracterização do procedimento de mediação como *informalidade, autonomia da vontade das partes, e confidencialidade* (art. 2º, respectivamente incisos IV, V e VI, Lei 13.140/15)? Caso positiva a resposta, como conciliar essa possibilidade com a exigência constitucional de submissão da administração pública em geral aos princípios da *impressoalidade, legalidade e publicidade* (art. 37, *caput*, CRFB/88)? É admissível mediação nas relações de trabalho como sugere o art. 42, parágrafo único, da referida lei? No âmbito da Mediação Judicial, algumas antinomias são flagrantes. Por exemplo, dispõe o artigo 28, parágrafo único, da Lei 13.140/15, que, se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, *desde que requerido pelas partes*, homologará, por sentença, o acordo e o termo final de mediação. Já o NCPC (art. 13.105/15) dispõe no §11º, art. 334, que a autocomposição obtida na audiência de conciliação ou mediação (prévia à apresentação de defesa) *será* reduzida a termo e homologada por sentença. O requerimento das partes constitui ou não requisito para homologação judicial, que, como já visto no presente trabalho, diferencia o título extrajudicial (acordo não homologado) do título judicial (acordo homologado)? Essas e outras questões certamente poderão ser alvo de debate doutrinários e jurisprudenciais nos anos vindouros.

De qualquer sorte e neste alvorecer do refortalecimento dos meios adequados à solução de conflitos, mais uma vez acompanhamos integralmente Petrônio CALMON (2015, p. 43-44) quando afirma ser fundamental que sejam aplicadas medidas de aperfeiçoamento da atividade estatal jurisdicional, pois tais medidas alicerçarão a base de sustentação dos denominados *meios alternativos*. Em outras

palavras, para que os meios alternativos sejam eficientes, é fundamental que haja a possibilidade de uma opção idônea entre a solução contenciosa e consensual, o que não ocorre no caso de uma das opções apresentar-se morosa, caótica e ineficiente. Alterou-se sobremaneira a motivação para valer-se dos meios alternativos. Antes seria comum verificar a causa da opção como sendo a falta de recursos para ir à justiça estatal, a ignorância, o temor de enfrentar um procedimento complexo, difícil e de longa duração, ou a urgência na reparação do dano. Em qualquer desses casos optava-se por um dos meios alternativos motivado pela premência da circunstância e não como resultado de uma livre escolha, após valoração do interesse real. Mas esse quadro já não é assim em muitas situações, pois os meios alternativos se colocaram como um complemento à justiça estatal, funcionando como técnica alternativa, de forma autônoma ou subsidiária. Deve-se afastar, então, a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quando estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado.

CONCLUSÃO

O conflito é inerente às relações intersubjetivas. Sua eliminação, além de impossível, sequer é desejável, pois é em meio ao conflito que as sociedades progredem nos mais variados aspectos (social, político, econômico, tecnológico, etc), ensejando a possibilidade de amadurecimento cotidiano do ser humano. Objetivando à paz social, é oportuno disponibilizar às partes em crise mecanismos eficazes para tratamento integral e adequado de seus conflitos, seja por métodos autocompositivos ou heterocompositivos. A abertura do legislador brasileiro deste início do século XXI para o reforço dos métodos autocompositivos e a arbitragem, erigidos sobre a autonomia da vontade das partes, no novo código de processo civil (Lei 13.105/15) e legislação esparsa, decorre, antes mesmo da notória crise da jurisdição estatal, da própria evolução e complexidade dos conflitos gestados pela moderna sociedade de massas. O jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quando estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 1 ed. 1958. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 12 ed. rev. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 3 ed, 2012.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília:Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas, 2 ed., 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 4 ed, 2010.

SIMIONI, Ariane, e HELFER, Inácio. **A ÉTICA DISCURSIVA APLICADA NA CULTURA MEDIATÓRIA**. UNISC. Disponível em online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/download/10863/1394. Acesso em 05.09.2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos – da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2016.