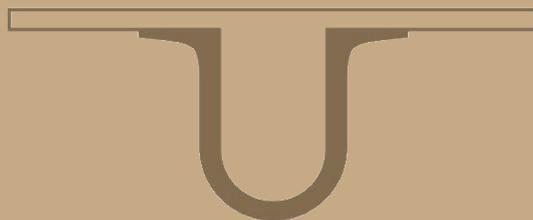




UNIVERSIDADE D
COIMBRA



João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel

POR UMA REFORMA DA JUSTIÇA CIVIL?
UMA ANÁLISE ÍTALO-LUSO-BRASILEIRA DA REGULAMENTAÇÃO
DA MEDIAÇÃO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas: Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maio de 2019



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



JOÃO RICARDO FERREIRA FORTINI PIMENTEL

POR UMA REFORMA DA JUSTIÇA CIVIL?
UMA ANÁLISE ÍTALO-LUSO-BRASILEIRA DA REGULAMENTAÇÃO
DA MEDIAÇÃO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas: Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maio de 2019

*"It is not only important to realise that litigation is an evil; it is also important to realise that neither speed, nor cheapness nor universality are the ultimate ends of litigation. The ultimate end is justice [...]"*¹

LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE

*"Procedures, then, are not only the means by which disputes are resolved. They are also a means by which we make and re-make our world and ourselves. I urge procedural engineers to keep this in mind as they re-examine and reform procedures. We must ask ourselves not only whether we create procedures that promote better accuracy and efficiency, but also whether they promote the kind of society, the kind of reality we desire".*²

CHASE, OSCAR G.

¹ HOGG M. P., Quintin (posteriormente Lord Hailsham de St. Marylebone) em 25 de maio de 1949, durante a "Third Reading of the Legal Aid and Advice Bill". Ver Hansard, H.C. Debates, 5ª série, Vol. 465, Col. 1378. Disponível em <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1949/may/25/third-schedule-remuneration-of-persons#column_1378>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

² CHASE, Oscar G. *Culture and Disputing*. In TARUFFO, Michele (ed.) *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. Kluwer Law International. New Orleans. 1999. p. 280.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma inicial aos meus pais, aos meus avós, e igualmente a meu irmão por todo o apoio durante esta etapa acadêmica. Por sempre me incentivarem na busca pela realização dos meus sonhos e objetivos pessoais, servindo, mesmo à distância, como fontes incessantes de motivação e inspiração para continuar.

A Universidade de Coimbra, aos professores e aos demais funcionários com os quais tive o prazer de conviver durante os anos do curso de Mestrado. A toda a comunidade conimbricense pela minha recepção em terra lusitana - a qual já carrego em meu coração.

Aos amigos e colegas mestrados com os quais tive a oportunidade de compartilhar este período da minha vida em Portugal, que permaneceram presentes mesmo nos longos e árduos dias de estudos nas bibliotecas e salas de estudos da universidade.

Ao Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, cuja disponibilidade e orientação foi de suma importância para a concretização deste trabalho e cujos ensinamentos vão para além da seara jurídica.

A Professora Doutora Elisabetta Silvestri e à Università degli Studi di Pavia por terem me acolhido durante o período de mobilidade em solo italiano, cuja orientação e discussões muito me foram úteis nos momentos iniciais de escrita e durante a pesquisa bibliográfica para este trabalho.

Por fim, agradeço a Deus a oportunidade de realizar um trabalho que possa contribuir para a reflexão de um tema que me é tão caro, e poder evolver os três países que mais exercem influência na construção do meu 'eu jurista'.

RESUMO

Sob uma perspectiva dogmática e utilizando um referencial legislativo e bibliográfico, a presente dissertação busca analisar os contornos e as especificidades das regulamentações do instituto da Mediação na Justiça Civil brasileira, italiana e portuguesa. Partindo de três opções legislativas completamente distintas, expôs-se em quais pontos os ordenamentos processuais se distanciam e em quais se aproximam, bem como os motivos sócio-políticos que fizeram com que cada país a incorporasse de forma como fizeram. A partir dos estudos de tais experiências, das suas vantagens e desvantagens, bem como as consequências de cada opção, é traçado um perfil a ser seguido como ideal para uma futura regulamentação definitiva da matéria. Não obstante, o estudo se inicia com uma análise dos propósitos da disciplina do direito processual civil, da concepção doutrinária sobre o tema, visando demonstrar a pertinência da opção por outros métodos de solução de conflitos que não a judicatura contenciosa estatal, independente da teoria que se adote. De tal sorte, demonstra-se que o fato do Estado ser o detentor do monopólio da prestação jurisdicional não é fator impeditivo para que possa oferecer outras opções de solução de conflitos, nomeadamente a Mediação, no real sentido de um Tribunal Multiportas, os quais igualmente podem contribuir para uma melhor e mais efetiva tutela jurisdicional, cujos reflexos serão observados não somente no âmbito da administração da justiça civil, mas na pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamentação; Mediação; Brasil; Portugal; Itália; Processo

ABSTRACT

From a dogmatic perspective and using a legislative and bibliographical referential, this dissertation seeks to analyze the specificities of the Mediation regulation in the Brazilian, Italian and Portuguese Civil Justice systems. Starting from three completely different legislative options, it was exposed in which points the procedural orders distance themselves and in which they approach, as well as the socio-political reasons that made each country incorporate it as they did. From the studies of such experiences, their advantages and disadvantages, as well as the consequences of each option, it is intended to draw a profile to be followed, considering it as an ideal and definitive model for future regulations of this subject. Nevertheless, the present dissertation begins with an analysis of the purposes of the procedural law discipline, of the doctrinal conception on the subject, in order to demonstrate the pertinence of the option for other methods of conflict resolution, other than the state contentious judiciary, independent of the theory adopted. Thus, it is demonstrated that the fact that the State is the holder of the monopoly of the jurisdiction provision is not factor preventing it from offering other options for resolving conflicts, namely Mediation, in the real sense of a Multidoor Courthouse, which can also contribute to a better and more effective protection which will be reflected not only in the administration of civil justice, but also in the social pacification.

KEYWORDS: Regulation; Mediation; Brazil; Portugal; Italy; Process.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPCbr – Código de Processo Civil brasileiro

CPCpt - Código de Processo Civil português

CPCit - Código de Processo Civil italiano

CRI – *Costituzione della Repubblica Italiana*

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dec. Leg. – Decreto Legislativo

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

LJP – Lei dos Julgados de Paz

Loc. Cit. – Local citado

MASC – Meios Adequados/Alternativos de Solução de Conflitos

Op. Cit. – Obra citada

p. – página

pp. – páginas

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	10
1. CAMINHOS PARA UMA REFORMA: ONDE ESTAMOS E ONDE QUEREMOS CHEGAR.....	13
1.1. Os Objetivos do Processo Civil: Delineamento Teórico	14
1.2. Justiça Privada ou Justiça Estatal?	21
1.3. Acesso à Justiça.....	30
1.4. Panorama de uma Crise?	35
1.5. Tribunal Multiportas – O <i>Multidoor Courthouse</i>	38
2. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	44
2.1. Métodos Heterocompositivos	46
2.1.1. Judicatura	46
2.1.2. Arbitragem	48
2.2. Métodos Autocompositivos: Os <i>Alternative Dispute Resolution</i>	50
2.2.1. Práticas Colaborativas.....	53
2.2.2. A Negociação	56
2.2.3. A Conciliação	57
2.2.4. Mediação	58
2.2.4.1. Princípios.....	59
2.2.4.2. Modelos/Escolas de Mediação	61
2.2.4.2.1. Mediação Humanística	62
2.2.4.2.2. Mediação Narrativa	63
2.2.4.2.3. Mediação Facilitativa Harvardiana (“ <i>Problem Solving</i> ”).....	63
2.2.4.2.4. Mediação Transformativa.....	65
3. A MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA A PARTIR DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E BRASILEIRO.....	66
3.1. Obrigatoriedade ou Voluntariedade? O Histórico das Legislações	67
3.2. Princípios Positivados	82
3.3. O Mediador	83
3.4. A Participação (ou Ausência) das Partes	90
3.5. Advogados	91
3.6. O Acordo Judicial.....	96
3.7. Custos do Processo.....	97
CONCLUSÃO	100

BIBLIOGRAFIA	107
LEGISLAÇÃO	115

INTRODUÇÃO

Reconhecendo a insuficiência de um modelo de Justiça Civil focado única e exclusivamente na decisão judicial através de um procedimento heterocompositivo, o presente trabalho tem o objetivo de realizar um estudo de direito comparado entre três países, nomeadamente Brasil, Portugal e Itália. Três ordenamentos de tradição romano-germânico (*civil law*) que buscam ao longo dos anos implementar definitivamente em seu ordenamento processual métodos negociais, tais como a Mediação, tradicionalmente mais ligados ao modelo costumeiro anglo saxônico (*common law*), com o fito de serem capazes de entregar aos seus jurisdicionados, uma prestação jurisdicional mais efetiva e atenta à necessária pacificação social.

Passando por Carnelutti, Calamandrei, Taruffo, Zuckerman, Barker, Dinamarco, Uzelac, Couture, Zamora y Castillo, Alberto dos Reis entre tantos outros doutrinadores internacionalmente reconhecidos, buscamos olhar o processo civil de sítios mais improváveis do que se tornou habitual³. Queremos, expondo e analisando tais argumentos, demonstrar que o processo civil (principalmente no tocante à maneira como este trata os variados métodos de solução de conflitos), vai além da forma como ao longo dos anos foi construído e para tanto iniciamos analisando quais os fins, quais os objetivos da ciência processual civil, através de autores dos três países, mas não somente.

Buscamos demonstrar que processo civil não se resume unicamente como sendo sinônimo de judicatura, através de decisões impostas por um terceiro, mas sim que, diante dos objetivos e finalidades da ciência processual, existem outros métodos que igualmente devem ser considerados e regulamentados para que tal ciência possa ser melhor explorada consoante seus potenciais. Queremos despertar nos processualistas, a mesma inquietação de Vitangelo Moscarda⁴ ao descobrir não ser aquela pessoa que o enxergavam - e nem mesmo aquele que por anos pensou ser.

Para tanto, iniciamos o trabalho analisando as teorias que compreendem o processo civil como sendo a busca pela verdade, por decisões precisas, pela pacificação social e a

³ Referência a HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Almedina. Coimbra. 2007, p. 05.

⁴ Fazemos alusão à brilhante obra “*Uno, nessuno e centomila*” do italiano Luigi Pirandello, vencedor do Prêmio Nobel de Literatura no ano em 1934.

resolução de problemas, visando compreender, se, e como, os *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁵, com seus próprios propósitos e ideais, podem fazer parte deste sistema, e então serem concebidos dentro desta perspectiva da justiça civil.

Nesse sentido, buscamos ainda entender se diante de tais considerações devem ser definitivamente incorporados na estrutura organizativa judiciária, ou deixados à margem do procedimento contencioso estatal e qual a forma através da qual essa incorporação deve ocorrer.

Delineado todo o plano de fundo teórico no tocante à disciplina processual, daremos atenção à teoria que embasa os ADR, buscando compreender quais são estes métodos, em que consistem, como se organizam e qual(is) o(s) elo(s) que une(m) a justiça civil dos três países escolhidos.

Entendendo que a mediação deva ser incorporada definitivamente ao ordenamento processual, os problemas se dão na forma como tal regulamentação deve ocorrer, motivo pelo qual no terceiro capítulo avaliaremos os detalhes da regulamentação legislativa da mediação nos países escolhidos, não somente a atual, mas também os principais pontos da sua evolução histórica, para entender em que estágio encontra-se a evolução cultural e a origem das discussões que ainda hoje são travadas, buscando traçar um perfil de como deve se dar uma regulamentação definitiva da matéria.

De se frisar que a escolha pelos três países se deu, além do motivo de pertencerem à mesma família jurídica, por possuírem, como dissecaremos, regulamentações completamente diferentes de um mesmo instituto, de um mesmo método de solução de conflitos. Em Portugal observa-se uma total faculdade em sua utilização, ao passo que no Brasil e na Itália, pelo contrário, enxergamos (com diferentes níveis) uma obrigatoriedade de utilização do método, na primeira uma obrigatoriedade endoprocessual e a segunda uma obrigatoriedade extraprocessual, verdadeiramente se colocando como condição de procedibilidade da demanda.

⁵ Importante nota a ser feita. Mesmo não considerando como a terminologia mais adequada, conforme justificado no item 2.2, utilizaremos o termo *Alternative Dispute Resolution* (ADR), tendo em vista toda a amplitude doutrinária internacional por este alcançada.

Ciente de haver uma próxima relação, com constante troca de informações, entre os pensadores do processo, além de claras influências recíprocas positivadas entre estes países, queremos observar em quais pontos as regulamentações se aproximam, em quais se distanciam, e o porquê destes últimos. Quais os motivos que embasam tamanhas diferenças? Trata-se somente de uma questão cultural ou de uma opção legislativa que se demonstra superior? Quais os motivos políticos por detrás da opção de cada país?

Para responder a estes questionamentos, colocamos no primeiro momento sob análise quais são os princípios positivados em cada legislação, tendo em vista as necessidades demonstradas por cada cultura e tradição processual. Posteriormente estudamos o tratamento dado à figura do mediador, o qual, sendo essencial para quaisquer avanços possui especificidades em suas prerrogativas e poderes, bem como uma formação e a regulamentação deontológica à eles aplicável. Não nos olvidamos ainda de abordar a forma como se dá a participação das partes e de seus advogados, e nem mesmo os contornos e a força executiva do acordo judicial (quando este é alcançado).

Mais do que um trabalho analítico, quer-se realizar uma ode a estes países, entrelaçados pela origem linguística, pela história, pela cultura e igualmente pelo processo civil, buscando conceber um melhor caminho para a resolução dos conflitos que envolva seus cidadãos e uma regulação definitiva que possibilite a inserção da Mediação e eventualmente de outros ADR dentro dos trâmite processual e principalmente da estrutura judiciária.

I. CAMINHOS PARA UMA REFORMA: ONDE ESTAMOS E ONDE QUEREMOS CHEGAR

Com o objetivo de tecer quaisquer considerações acerca de possibilidades de reformas nos sistemas processuais civis e mesmo analisá-los de forma mais aprofundada, nossas atenções devem partir da compreensão inicial de qual o propósito da disciplina processual civil, seja implícita ou explicitamente⁶, a fim de aumentar a aceitabilidade das argumentações que se seguirem⁷. Em clara referência Carneluttiana, devemos observá-los de “longe para recompor as suas linhas e compreender a sua natureza”⁸.

Tomemos por base a afirmação de Dinamarco, segundo o qual pouco se acrescenta ao conhecimento do processo a constante afirmação de ser ele um instrumento, se não estiver acompanhado da indicação dos objetivos que se queiram alcançar. Logo, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”, ciente de que “fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade”.⁹

Nesse sentido, passamos a analisar o que dizem os principais processualistas acerca do objetivo e dos fins sociais da ciência processual civil, a fim de compreendermos como os ADR, em especial a mediação, podem ser concebidos nesse contexto. Se realmente trata-se de um instituto que possui os mesmos fins, podendo portanto potencializar a atividade processual, ou se, diante de uma eventual disparidade, deve, por isso, manter-se separada da estrutura pública estatal, ocorrendo exclusivamente no âmbito privado.

⁶ Nestes termos BARKER, Andrew. Ideas on the Purpose of Civil Procedure *In New Zealand Law Review*, 2002, pp. 437-452, p. 439.

⁷ Como escreveu Silvestri “[...] no radical reforms can be devised unless they are prepared by a thorough process aimed at identifying which goals must or can be reached by the courts as the main providers of civil justice”. SILVESTRI, Elisabetta. Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy. *In* UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014, pp. 79-103. p. 80.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Escolar Editora. Lisboa. 2014. p. 46-47.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros. São Paulo. 2000. p. 149.

1.1. OS OBJETIVOS DO PROCESSO CIVIL: DELINEAMENTO TEÓRICO

Inicialmente, podemos elencar quatro teorias principais acerca dos propósitos da ciência processual civil, cuja adoção pelo jurista implica na incorporação de toda uma ideologia que a consubstancia.¹⁰

Em primeiro lugar temos a teoria que concebe a ciência processual civil como uma forma eficiente de se solucionar disputas. Um grande defensor dessa visão em particular foi Lord Woolf¹¹, o qual através de suas reformas no sistema inglês, focou em tornar o sistema processual mais acessível aos seus potenciais usuários, ao mesmo tempo em que minimizaria os custos para a sociedade que este sistema pode ocasionar.

Destaca-se ainda nessa posição Carnelutti, o qual entende a jurisdição como a atividade de composição das lides¹², pois parte do pressuposto de a *litis* ser uma situação perigosa para a ordem social e demonstração do grau de civilidade ou não-civilidade de um povo.¹³

Aqui, com algumas ponderações podemos inserir ainda o outro célebre processualista italiano, o ilustre professor Taruffo, o qual trata este ramo da ciência como “*il metodo istituzionale per risolvere controversie*”¹⁴, cabendo às partes escolherem, dentre todo o repertório disponível, o mais oportuno a solucioná-lo. Segundo este, as escolhas se dariam por motivações de origem ética ou moral¹⁵, familiar (na manutenção entre o

¹⁰ Para o propósito do presente trabalho, não realizaremos uma abordagem alongada sobre cada posicionamento e sobre o pensamento de cada um dos juristas. De forma geral, intencionamos expor de forma clara como estes pensam e concebem sua teoria, e de igual forma como a questão vem sendo apresentada ao longo dos anos. Isto tudo, para enxergar de forma clara se em algum momento os ADR são afastados, ou se já poderiam estar inseridos e mais desenvolvidos no âmbito da ciência processual.

¹¹ O conteúdo do relatório de Lord Woolf sobre o acesso à justiça e a reforma da justiça civil inglesa pode ser consultado na sua totalidade em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/emerger/emerger.htm>>. Acesso em 15/12/2018.

¹² Cfr. MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile. I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*. 15ª Ed. Turim. Giappichelli Editore. 2018, p. 8.

¹³ Segundo Carnelutti “Não existe necessidade de acrescentar que a *litis* é uma situação perigosa para a ordem social. A *litis* não é ainda um delito, mas o contém em germe. Entre *litis* e delito existe a mesma diferença que há entre *perigo* e *dano*. Por isso *litigiosidade* e *delinquência* são dois índices correativos de não-civilidade: quando mais civil ou civilizado for um povo, menos delitos serão cometidos e menos litígios surgirão em seu seio”. CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 1ª Edição. Pillares. São Paulo. 2015. p. 48.

¹⁴ TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni Sul Processo Civile. I. Il Processo Ordinario di Cognizione*. Il Mulino. Bologna. 2006. p. 17.

¹⁵ Dentre alguns exemplos de escolha que siga ideais éticos e morais cabe destaque a China confuciana, na qual judicializar uma questão, fazer valer o seu direito através da judicatura era um fato socialmente reprovável. Atualmente, todavia, é observável, no âmbito do processo civil chinês, um movimento no sentido de introduzir

relacionamento entre seus integrantes) e ainda relativa a fatores de conveniência econômica e comercial.¹⁶

Dentre os autores lusitanos, Castro Mendes acrescenta que “[...] para a teoria tradicional, fim do processo é a tutela do direito; para a teoria que preferimos, fim do processo é a justa composição do litígio”¹⁷, assim entendida através do “acolhimento do pedido ao autor [...] ou de absolvição do pedido”¹⁸.

A segunda teoria, por sua vez, entende a processualística civil como uma forma não somente eficiente, mas pacífica para se solucionar as disputas existentes¹⁹. Na visão de Barker o que realmente é buscado com esta abordagem não seria a prevenção do recurso à violência, mas sim o desenvolvimento de processos geralmente mais aceitáveis pela maioria da sociedade e mais atrativos que outras formas de resolução de disputas.²⁰

Em que pese útil, não podemos olvidar o fato de que muitas vezes os próprios indivíduos não são os melhores e mais justos julgadores das questões que vivenciam, havendo uma grande possibilidade e tendência – inerente à natureza humana – de o mais forte buscar vantagens em detrimento do mais fraco, podendo inclusive se utilizar da força para tanto, motivo pelo qual a sociedade ao se organizar como tal entregou a responsabilidade pela tutela dos seus direitos ao Estado, eliminando assim, como veremos adiante, a autotutela.

mais espaço à adjudicação, apesar de ainda ser considerada como “*legal irritants*”. UZELAC, Alan. Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World. In UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014, pp. 03-31. p. 15. Ver também, e principalmente YULIN, Fu. Social Harmony at the Cost of Trust Crisis: Goals of Civil Justice in China. In UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014, pp. 167-182.

¹⁶ Também sobre possíveis fatores influenciadores na escolha ver COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª Edição. Editora Forense, 2001. p. 46.

¹⁶ TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Paolo; FERRI, Corrado. Op. Cit. p. 19.

¹⁷ MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Vol. I. AAFDL. Lisboa. 2012. p. 66.

¹⁸ MENDES, João de Castro. Idem. p. 71.

¹⁹ Sobre o escopo do processo em se atribuir uma paz social HASEMEYER, Ludwig. *Parteivereinbarungen Gber prajudizielle Rechtsverhältnisse: Zur FragwGrdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage*. *Zeitschrift far Zivilprozeß*, ano 85, n.º. 2, 1972, p. 211; BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht*. Kriitel: Luchterhand, 1 ed., 2000, p. 02, conforme referencia sobre este assunto em CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Jus Podivm. Salvador. 2016. p. 107.

²⁰ BARKER, Andrew. Op. Cit. 443.

Em posição oposta e sendo a mais amplamente aceita, a terceira teoria entende se tratar do ramo da ciência jurídica responsável pelo alcance de decisões corretas e precisas, mantendo assim, o caráter de ‘justiça’ do sistema.

Clássica é a definição de Bentham no sentido de a lei processual constituir a ramificação adjetiva do Direito, possuindo como seu objeto de estudo e objetivo principal, o de conferir executividade e efeitos aos ditos direitos objetivos ou materiais, os quais possuiriam o escopo, por sua vez, de maximizar o bem-estar dos membros da comunidade.²¹

Segundo este, o propósito do processo civil deveria ser, portanto, a busca pela retidão das decisões judiciais, as quais requereriam a aplicação correta do direito aos fatos verdadeiros em uma constante e incessante busca pela verdade²².

Nessa concepção, o processo civil visa atender a determinados objetivos sociais, podendo estes serem próprios ou mesmo impróprios, assim compreendidos aqueles que não são claramente perseguidos, mas se encontram inevitavelmente inseridos neste rol. Poder-se-ia afirmar entender que um sistema seria justo desde que, ao mesmo tempo em que

²¹ “*The code of procedure, then, is composed of the system or assemblage of adjective laws. Of the substantive branch of the law, the only defensible object or end in view, is the maximization of the happiness of the greatest number of the members of the community in question. Of the adjective branch of the law, the only defensible object, or say end in view, is the maximization of the execution and effect given to the branch of the law*”. BENTHAM, Jeremy. *Principles of Judicial Procedure In The Works of Jeremy Bentham. Vol. II.* Simpkin, Marshall & Co. London, 1843, p. 08. Em volume seguinte da coleção de suas obras o autor afirma que “*the law of judicial procedure constitutes the adjective branch of law. This adjective branch has, for its object and occupation, the giving execution and effect to the aforesaid substantive branch*”. BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham. Vol. IX.* Simpkin, Marshall & Co. London, 1843, p. 25.

²² Sobre essa “verdade” ver TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos.* Marcial Pons. Buenos Aires. 2010; TARUFFO, Michele. *Provas e Teorias da Verdade. In A Prova.* Marcial Pons. São Paulo. 2014. pp. 23-29, e; RODOTÀ, Stefano. *Il Diritto ala Verità. In Il diritto di avere diritti.* Editori Laterza, Bari, 2012, pp. 211-231. Interessante ainda, é a cética visão pós-modernista de Menkel-Meadow sobre os fatos e sua interpretação na busca pela verdade. Segundo esta: “*If late twentieth century learning has taught us anything, it is that truth is illusive, partial, interpretable, dependent on the characteristics of the knowers as well as the known, and, most importantly complex. In short, there may be more than just two sides to every story. The binary nature of the adversary system and its particular methods and tactics often may thwart some of the essential goals of any legal system*”. Nesse sentido, afirma em passagem posterior que “[...] a variety of philosophers, literary critics, art and architectures critics, social scientists, and legal scholars have questioned whether any ‘truth’ exists out there that is knowable and stable. Postmodernism expresses some skepticism, if not cynicism, in the belief that there are immutable, universal, global, and discoverable facts or interpretations of facts. Whether by literary deconstruction, feminist epistemology, philosophical or linguistic decompositions of language, or in our own field, critical legal studies exposure of the indeterminacies of our laws, the legacy of postmodernism is that truth is not fixed, meanings are ‘located’ provisionally, not ‘discovered’, and people who ‘find’ truth, whether judges, juries, critics, or, yes, even scientists, have interests – social, economic, political, racial, gender – that affect how they see the world”. MENKEL-MEADOW, Carrie. *The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world. In William and Mary Law Review.* Vol. 38. 1996. pp. 05-44. p. 05, p. 14-15.

buscasse a maximização dos benefícios do direito substantivo, visasse a minimização dos custos que essa maximização pudesse ocasionar.

Neste mesmo sentido, Zuckerman entende como “justo”, um sistema de processo civil que adota medidas e etapas necessárias para assegurar um nível razoável de equidade da decisão, em uma correta correspondência entre fatos e direito, mesmo ciente de que um sistema pode se esforçar para determinar os fatos passados e aplicar a lei com precisão, mas não pode garantir que tais erros deixarão de existir.²³

Adotando sua peculiar visão econômica sobre a disciplina jurídica, é interessante notar que Posner²⁴ compreende que decisões imprecisas tendem a reduzir a eficiência gerando custos sociais, de modo que o objetivo do processo civil deveria ser, portanto, o de reduzir as chances de ocorrência de tais imprecisões e, conseqüentemente, os custos negativos delas resultantes. Destarte, a disciplina seria tanto forte quanto fosse a sua busca por alcançar decisões precisas em termos de direito substantivo.

Vale destacar, entretanto, a posição de Barker, defensor desta teoria, segundo o qual qualquer sistema processual civil deve buscar e possuir recursos para que sejam proferidas decisões corretas, de modo que entende difícil justificar sistemas que amplamente estimulam o acordo entre as partes. Afirma inclusive que os modelos que estimulam os acordos entre as partes jamais alcançariam decisões corretas e precisas, somente em raríssimos casos^{25,26}.

Por fim, a quarta teoria elencada diz respeito ao valores processuais, e, reconhece que o caráter exclusivamente instrumental do processo não possui qualquer valor intrínseco²⁷. Neste ponto, Summers acrescenta que tais valores a serem atendidos

²³ Nas palavras do autor “*a system of procedure can strive to determine what happened in the past and to apply the law precisely, but it cannot guarantee that errors will never occur*”. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford University Press, Oxford, 1999. p. 4.

²⁴ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration *In The Journal of Legal Studies*, Vol. 2, nº 2 (Jun.). 1973, pp. 399-458.

²⁵ BARKER, Andrew. Op. Cit. p. 446-447.

²⁶ Por outro lado, Dworkin em suas análises ensina dever haver em realidade, uma busca pelo equilíbrio entre o objetivo de se atingir as decisões precisas e corretas da terceira teoria, com os custos econômicos e sociais de se alcançar esta perfeição. O tema é tratado no “Capítulo 3: Princípio, Política, Processo” de DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. Martins Fontes. São Paulo, 2001.

²⁷ BARKER, Andrew. Op. Cit. p. 447.

corresponderiam aos padrões valorativos através dos quais poder-se-ia julgar o quão bom determinado processo judicial é, paralelamente à uma eficiência em seu resultado.

A eficiência do resultado deixa, pois, de ser um objetivo, mas uma consequência da implementação ou da busca pela implementação dos valores processuais da governança participativa, da legitimidade processual, da pacificação processual, da humanidade e do respeito à dignidade individual, da privacidade, do consensualismo, da lealdade processual, da racionalidade processual, do tempo e da finalidade.²⁸

De forma paralela às mencionadas teorias, em importante obra de direito processual civil comparado, Uzelac aponta que estas teorias raramente estão completamente separadas, de forma que seriam dois os principais objetivos da justiça civil, em que pese haverem diferenças de nomenclatura e abordagem destes por cada país, a saber: a) resolução de disputas individuais por um sistema de cortes estatais, e; b) implementação de objetivos, funções e políticas sociais.²⁹

Merece destaque ainda a célebre concepção de Piero Calamandrei, segundo a qual o processo pode ser enxergado na perspectiva de um jogo. Em “*Il Processo Come Giuoco*” datado de 1950, o célebre autor italiano descreve a existência de fatores psicológicos que influenciam o comportamento dos sujeitos do processo, de forma tal que o dever de lealdade processual é limitado pela má-fé na medida da regulamentação do abuso do processo. O processo judicial poderia ainda ser utilizado como instrumento para uma “concorrência desleal”.

Existem, nesse sentido, mecanismos diretos e indiretos de coação psicológica, de estímulo à tomada de determinados comportamentos que sejam capazes de acelerar ou retardar a tramitação processual de acordo com os interesses pretendidos. Assim, a

²⁸ SUMMERS, Robert S. Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for ‘Process Values’ *In Cornell Law Review*. Vol. 60, n.º. 1 November 1974, pp. 1-52, p. 3.

²⁹ Segundo o autor “*the two goals of civil justice are almost never fully separated. But, the balance between them may be very different and may shift over time. The relative weight and importance attributed to the interests of the individuals in the dispute, and the level and scope to which others (including the state and its officials) may or should intervene in order to protect trans-individual (collective, social, political, national, state, etc.) interest may be quite different. The tasks of civil justice or matters regarded as being within its scope may also be influenced by the one or the other goal [...] Moreover, the implementation of social goals may also play a role at the level of system design, as the state may encourage or discourage the use of civil justice (or its use in a particular way) for reaching the other, external goals.*”. UZELAC, Alan. Op. Cit. 2014, pp. 03-31. p. 06-07.

litigiosidade é vista desde esta época como uma doença³⁰, mas até hoje, pouco foi concretamente feito para se alterar tal realidade.

Ainda de forma superveniente, encontramos ainda na doutrina uma divisão dos objetivos processuais subdivididos em duas dimensões distintas, uma positiva e outra negativa.

Ao passo que a positiva pode ser encontrada no escopo de realização do direito objetivo, sempre no sentido de se maximizar a execução e efetivação destes e da manutenção da ordem social, a dimensão negativa se revelaria no momento em que o processo civil buscaria minimizar o mal e as dificuldades (nas suas várias facetas para se atingir um fim específico) sociais e relacionais.³¹ Em suma, dirigir-se-ia a solucionar um conflito de interesses “mediante um debate preordenado”³².

A dimensão negativa poderia ser enxergada, por seu turno, nas consequências da perseguição cega à efetividade da dimensão positiva, podendo ser incluídos os objetivos financeiros (na medida em que a lide civil tende a desvelar um grande caráter patrimonial), a busca por um incremento de poder e manutenção da moral e reputação do indivíduo, sem igualmente nos esquecermos da controvertida busca por vingança³³.

Ao mesmo tempo em que estes objetivos são privados, pode-se afirmar possuírem ainda um viés público. Isso, pois são concernentes aos próprios envolvidos, cabendo ao autor fazer valer o seu direito e o réu assegurar a improcedência do pedido quando assim for o caso, e igualmente à comunidade, pois visa garantir a efetividade e a *lex continuatis* do direito³⁴.

³⁰ Consoante Calamandrei “*L'accanimento che spinge i litiganti l'un contro l'altro nel proceso civile è più spesso giuoco che dramma; chi ha pratica di giudizi civili, si accorge che molte volte la causa per la quale i litigante continuano a battersi non è più tanto il bene economico oggetto della contesa, quando il punto d'onore, l'amor proprio, lo spirito agonistico, l'impegno di vincere, e forse la gelosia e forse l'invidia: tutti gli stimoli, dai più bassi ai più nobili, che entrano in azione nella competizione sportiva. La litigiosita, questa febbre capace di divorare patrimoni e di mandare in rovina le famiglie, ha psicologicamente molti punti di contatto colla follia del giuocatore d'azzardo*”. CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. V. Parte I. CEDAM. Padova, 1950. pp. 23-51. p. 50.

³¹ BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham. Vol. II*. Simpkin, Marshall & Co. London, 1843, p. 08

³² COUTURE, Eduardo J. Op. Cit. p. 45.

³³ BENTHAM, Jeremy. Ends of Justice on the Occasion of Judicature In *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. Simpkin, Marshall & Co. London, 1843, p. 10-11.

³⁴ COUTURE, Eduardo J. Op. Cit. p. 46.

Zamora y Castillo sustenta, por sua vez, que o processo deve satisfazer a uma dupla finalidade, uma primeira repressiva e outra segunda preventiva, de forma tal que “*el proceso sirve a un tiempo un interés individual y específico, que se circunscribe a cada uno de los litigios que resuelve, y un interés social y genérico que se extiende a cuantos litigios puedan someterse a la jurisdicción de un Estado*”³⁵.

Logo, a função repressiva consistiria na manutenção do respeito ao ordenamento jurídico, ao passo que a preventiva estaria inserta ordem pública estabelecida uma vez evitada a autotutela, assim compreendida como “o vencimento da resistência à própria força do titular do interesse e da pretensão, ou às forças que este possa chamar em seu auxílio”³⁶.

Todavia o ilustre processualista espanhol não deixa de apontar algumas limitações do processo, nomeadamente a jurídica, como instrumento de realização do direito objetivo, a política, como garantia do jurisdicionado à liberdade e, social, ao contribuir para a convivência pacífica dos habitantes de um Estado.³⁷ Assevera ainda que “*el proceso no debe obstinarse en monopolizar la composición de los litigios, porque aparte de que resultaria vano empeño, ello se traduciría en un enorme aumento de gastos judiciales, que redundaría en su descrédito*”³⁸ o que entendemos ser exatamente, e abordaremos nas páginas que se seguem, o que vem acontecendo com a Justiça Civil.

De forma a tecermos notas mais conclusivos acerca da teleologia do processo, acrescenta-se ainda a visão de Pawlowski, o qual entende ser necessário o processo para que se possa fixar o que é direito, de forma tal que, estando este em constante mutação, deve ser portanto fixado em determinado momento temporal através da participação de todos aqueles que forem legitimamente interessados.³⁹

Logo, recheada de uma concepção antropológica, o direito é resultado de um processo impulsionado pelas partes, não sendo “determinado só através da lei (através da declaração de vontade do legislador), mas também através das declarações e acções dos

³⁵ ZAMORA Y CASTILLO. Niceto Alcalá. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. p. 198.

³⁶ MENDES, João de Castro. Op. Cit. p. 77.

³⁷ ZAMORA Y CASTILLO. Niceto Alcalá. Op. Cit. p. 233-234.

³⁸ ZAMORA Y CASTILLO. Niceto Alcalá. Op. Cit. p. 234.

³⁹ PAWLOWSKI, Hans Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses In Zeitschrift für Zivilprozess*, 80°. 1967. pp. 345-391. Apud NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra. 2014. p. 126-127, nota 267.

particulares consortes de direito”⁴⁰. Este seria, assim o modelo que deveria ser adotado em um Estado de caráter não autoritário, democrático, assente em um mesmo nível de dignidade dos cidadãos.

O desígnio da ciência processual civil não reside em nosso entender somente em uma teoria ou outra isoladamente considerada, mas sim em todas simultânea e complementarmente. Ao mesmo tempo em que busca a justa composição do litígio e a pacificação social, igualmente possui como escopo o alcance de uma decisão correta que busque representar a verdade de forma eficiente e socialmente justa, seja ela imposta por um terceiro alheio ao procedimento, seja através de um acordo entre as partes, atendendo a uma sequência de atos que sejam adequados à especificidade do conflito que se está querendo solucionar, de modo que tanto o interesse individual deve ser resguardado, como o interesse público não pode ser posto de lado.

Independente da teoria que entendermos como correta e dos objetivos que quisermos atribuir, salienta-se que o território cultural no qual o ordenamento encontra-se inserido possuirá grande impacto, assim como qualquer mudança legislativa somente será efetivamente concretizada na prática, se possuir uma fundação de ordem sociocultural.

Portanto, a partir da concepção finalística do Direito Processual Civil, podemos perceber não ser esta é avessa e conflitante à coexistência de diferentes métodos de resolução de conflitos e nem mesmo exigir que haja a regulamentação pública de apenas um destes métodos. A institucionalização (ou não) de métodos afins à judicatura, e sua incorporação dentro da estrutura judiciária reside portanto em opções políticas, sociais e culturais, os quais são por suas naturezas, volúveis.

1.2. JUSTIÇA PRIVADA OU JUSTIÇA ESTATAL?

Como já afirmou Chiarloni, não se pode mais satisfazer os anseios da sociedade moderna utilizando-se de um modelo de justiça tradicional, formalista e financeiramente cara. Torna-se imperioso “explorar novos caminhos, mais rápidos, baratos, simples, próximos das necessidades sociais e, por que não, do modo de ser das categorias de cidadãos envolvidos no conflito”, motivo pelo qual afirma ainda que todos os sistemas estão em uma

⁴⁰ PAWLOWSKI, Hans Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses In Zeitschrift für Zivilprozess*, 80°. 1967. pp. 345-391. Apud NEVES, António Castanheira. Op. Cit. p. 126.

busca, com maior ou menor determinação, de “uma nova coexistência no sistema judiciário, mais inclinada à conciliação das partes”.⁴¹

O Poder Judiciário, nos moldes tradicionais, muitas vezes não consegue ser um agente através do qual se consegue inserir no centro das ações a maioria das pessoas sem voz, criando um déficit de legitimidade democrática da atuação do órgão, distanciando-se dos que deveria ser mais próximo.

Tendo em consideração tal realidade fática, é comum a busca por estratégias de abordagem e mesmo por soluções que possam contribuir para uma reforma no sistema desta justiça, para torná-la administrável o suficiente a ponto de conseguir cumprir a função social à qual se destina. Nesse sentido aliás é que estão incluídos os movimentos de reconhecimento e implementação dos métodos tidos inicialmente como “alternativos”, dentro da estrutura judiciária.

De tal forma, não mais podemos falar somente acerca da disciplina do processo civil sem nos atermos aos demais elementos que com ela compõem um conceito maior e mais completo, denominado pioneiramente por Sir Jack Jacob como “Justiça Civil”⁴². Trata-se de uma denominação substitutiva, mais ampla, e com um alcance exponencialmente maior, estando seu âmbito relacionado a três perfis, a saber: a) das instituições judiciárias, das cortes responsáveis por conferir unidade ao Direito; b) dos profissionais, em especial das relações entre as partes e o juiz, e; c) dos procedimentos e dos institutos processuais (legislação).

No tocante ao terceiro pilar da Justiça Civil, o das instituições judiciárias responsáveis por conferir aplicação direta às normas materiais e processuais, pelo que é importante analisarmos neste momento como a doutrina moderna tem enxergado as questões

⁴¹ CHIARLONI, Sergio. Uma Perspectiva Comparada da Crise na Justiça Civil e dos Seus Possíveis Remédios *In Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Vol. 228. Fevereiro de 2014. p. 325-338.

⁴² Nas palavras do autor “[...] *the ambit of civil justice is wide and far-reaching and its bounds have not yet been fully chartered; it encompasses the whole area of what is comprised in civil procedural law. For convenience, the subject may be said to consist of three parts, namely, the institutional part, the professional part and the procedural part, that is civil procedure in the narrower sense of the term as the practice and procedure of the civil legal process. These are not separate and self-contained areas of civil justice, since they intermesh and interact with each other, and indeed it is necessary as well as desirable to regard the subject of civil justice as a single organic whole*”. JACOB, Sir Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987, p. 2-3 (há tradução para o italiano, SILVESTRI, Elisabetta. *La Giustizia Civile in Inghilterra*. Bologna: Il Mulino, 1995). Posteriormente foi a mesma abordagem dada por Denti em suas lições introdutórias, ver DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Bologna Il Mulino. 1989.

relativas ao acesso do jurisdicionado à estas cortes, bem como sua estruturação visando conferir maior efetividade ao direito dos litigantes e a satisfação destes jurisdicionados com a prestação estatal.

A escolha pela centralização estatal foi uma opção política estruturada em um momento histórico que subsiste⁴³ e tradicionalmente avesso à coexistência com outros métodos de resolução de conflitos. Muito por isso quando hoje se fala em ADR nos vem à mente a concepção de um processo totalmente independente do judiciário e que pressupõe a ineficácia deste. Nesse sentido, consoante Osna “[...] seu avanço não decorreria do seu próprio potencial, mas das falhas do processo civil tradicional”⁴⁴.

Silvestri aponta que oficialmente a proposta de se criar uma alternativa ao processo possuía um nobre objetivo de garantir a um amplo estrato social, formas adequadas de tutela dos seus direitos, tendo em vista a incapacidade da justiça formal com sua longa duração, custos elevados e alto tecnicismo.

Em realidade, as causas resumir-se-iam em apenas duas. De um lado objetivava-se liberar as cortes daquelas causas modesto repetitivas e de modesto valor econômico, pouco úteis ao progresso da ciência jurídica. Do outro, serviria como ferramenta para frear o ativismo judicial em questões de grande ressonância social, por muitas vezes serem demasiadamente progressistas e desestabilizantes.⁴⁵

Se hoje temos como principal mecanismo de resolução de conflitos a judicatura estatal, encontra-se na construção de um Estado centralizador a partir de ideais liberais a origem dessa inclinação, de modo que até hoje tal monopólio da jurisdição pelo poder público é pouco questionado (em que pese crescente), até mesmo em termos da qualidade e consequências das resoluções entregue aos cidadãos. Não consideramos, todavia - assim como parte da doutrina - a escolha mais escorreita, uma vez se tratar “apenas uma das diferentes formas sob as quais a pacificação de disputas poderia se desenhar”⁴⁶.

⁴³ OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017, p. 117.

⁴⁴ OSNA, Gustavo. *Op. Cit.* p. 124.

⁴⁵ SILVESTRI, Elisabetta. Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. *In Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè Editore. Milano. 1999, pp. 321-337. p. 324.

⁴⁶ OSNA, Gustavo. *Op. Cit.* p. 117.

Em que pese a clareza da distinção analítica entre a decisão negociada e a decisão imposta, principalmente o que ambas significam em termos ideológicos, não se pode concebê-las como esferas polares de um mesmo globo em termos de objetivos finais do procedimento de *litigation*.⁴⁷

Desde a transição de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito o Judiciário, coube à este não somente a abstenção da violação de direitos, como igualmente promover mecanismos que possam potencializar o direito e os mecanismos de sua constante proteção. “Neste contexto, é certo que as políticas judiciais de tratamento adequado dos conflitos não sugerem o afastamento jurisdicional; antes, porém, buscam concretizar o mencionado comando constitucional”.⁴⁸

Ao longo do último século tivemos diversas alterações institucionais, ideológicas e filosóficas⁴⁹, sendo importante refletirmos acerca da incolumidade do mecanismo oficial de resolução de disputas e os impactos que tais modificações valorativas causam na ciência processual civil.⁵⁰ Foi a partir daí que concebeu-se uma acepção publicista do processo civil⁵¹, segundo a qual designa-se uma estrutura processual “cujos institutos, em linhas gerais, teriam em sua composição a prevalência de valores públicos (e não do interesse exclusivo das partes)”.⁵²

Igualmente deste momento, é a aplicação imperativa da regra legislada, através de uma concepção na qual todas as normas processuais seriam de ordem pública, em uma

⁴⁷ ROBERTS, Simon. Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship. *In The Modern Law Review*. Vol 56. 1993, pp. 452-470, p. 453. Nesse mesmo sentido Galanter chega ainda a afirmar que “*There are not two distinct processes, negotiation and litigation; there is a single process of disputing in the vicinity of official tribunals that we might call litigation, that is, the strategic pursuit of a settlement through mobilizing the court process*”. GALANTER, Marc. Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process. *In Journal of Legal Education*. Vol. 34. 1984, pp. 268-276.

⁴⁸ RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação Obrigatória no Processo Civil: Reflexões à Luz do Direito Comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (13.140/2015) *In Revista de Processo*. Vol. 285. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 365-396.

⁴⁹ Vale mencionar as alterações nos parâmetros econômicos com a ascensão de ideais keynesianos, conflito entre liberalismo e igualitarismo, transição para um modelo de Estado mais voltado ao *welfare*. Esses, dentre outros fatores fizeram com que as concepções de Estado de momentos anteriores fossem questionadas. No mundo jurídico tal superação é vislumbrada com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Weimar de 1919.

⁵⁰ OSNA, Gustavo. Op. Cit. p. 28.

⁵¹ Ver CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. JusPodivm. Salvador. 2016. p. 106.

⁵² OSNA, Gustavo. Op. Cit. p. 29.

rejeição ao processo como ‘coisa das partes’ e à inflação dos poderes dos magistrados. Há, pois, aqui, uma ruptura com a estrutura processual estatal e impositiva⁵³.

Concretizando os ideais democráticos e superando tal momento histórico, modernamente o direito processual civil, bem como toda a doutrina que se debruça sobre o tema, indica como caminho a ser seguido, aquele da recomposição das posições processuais para um viés mais paritário e simétrico, exigindo, portanto, uma postura mais ‘colaborativa’, mais dialética, inerente à maturidade social contemporânea.

Consoante Teixeira de Sousa, o Estado social de direito pressupõe três níveis de democracia, a social, a econômica e a cultural, de modo que o processo jurisdicional e a justiça civil como um todo devem refletir tais preocupações⁵⁴. Ademais, “a solução dos conflitos não é uma matéria do mero interesse dos litigantes e estes não devem ser tratados como titulares abstractos da situação litigiosa, mas antes como indivíduos concretos com necessidades a que o direito e o processo devem dar resposta”⁵⁵. O autor lisboeta recorda ainda a visão de Franz Klein⁵⁶, segundo o qual ao sentimento popular seria mais estranha a indiferença das Cortes perante a ameaça ou violação do direito do que seu empenho na resolução dos conflitos.

Se considerarmos o fato de um modelo de Estado Social representar, como aduz Teixeira de Sousa, um “compromisso entre a esfera do Estado e a da sociedade”, este deve ser igualmente transplantado para o âmbito judicial, e que acaba por justificar, ainda na visão deste, no “fim do monopólio da justiça estadual” e o pluralismo das formas de resolução de conflitos.⁵⁷

Surge a partir daí um movimento crescente de valorização e incorporação dos ADR, os quais mesmo não surgem hoje e nem mesmo há 50 anos. A existência de mecanismos paralelos à judicatura e ao monopólio estatal remontam a milhares de anos atrás⁵⁸. O que se

⁵³ OSNA, Gustavo. Idem. p. 119.

⁵⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lex. Lisboa. 1997. p. 61.

⁵⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. Idem. Ibidem.

⁵⁶ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, In KLEIN, Reden, Cortäge / Aufsätze, Briefe I (Wien 1927), 129 (=Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse) Frankfurt am Main 1958. *Apud* SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lex. Lisboa. 1997.

⁵⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. Cit. p. 61.

⁵⁸ Barrett apresenta um interessante histórico da utilização dos ADR na história da humanidade, remetendo-nos ao ano de 1800 a.C, no qual na região da atual Síria, métodos como a Mediação e a Arbitragem foram utilizados para solucionar disputas entre reinos. BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. *A history of*

deu com a evolução dos tempos foi o aperfeiçoamento e profissionalismo destes métodos, sejam eles heterocompositivos ou autocompositivos, e, cada vez mais sua incorporação no âmbito da Justiça Civil.

Trata-se de métodos capazes de capilarizar os órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional, tornando-a mais próxima dos cidadãos, principalmente em um momento de preocupante retração estatal neste sentido. Não obstante, seu caráter multifacetado (na ilustração de Laura Weidner⁵⁹ como um caleidoscópio) e flexível possibilita que prevaleça a substância sobre a forma, de modo que se possa satisfazer um complexo de necessidades, expectativas, interesses e expectativas superiores aos da judicatura⁶⁰ na busca por uma justa composição dos litígios.

Ao contrário do que pontua Reis, não entendemos que o recurso a um tribunal arbitral e a existência de uma tentativa obrigatória de conciliação se trate de uma “panaceia inteiramente desacreditada”. O célebre autor lusitano entendia que “se a justiça oficial tem defeitos, eliminem-se, mas não se proponha a sobreposição dum julgamento feito por indivíduos estranhos ao exercício da função judiciária, ao julgamento proferido por magistrados que têm educação profissional e devem ter dado provas de aptidão e moralidade”⁶¹. Evidente que consoante a ideologia de sua época tal raciocínio não era censurável, mas não podemos, no contexto atual, nos submeter à tal compreensão sem uma visão crítica.

Menciona-se que os métodos de ADR “representam um tipo de ‘justiça coexistencial’ que é preferida em relação ‘justiça conflitual’ típica do processo”⁶² uma vez tornar “justiciáveis” questões que não seriam objeto da judicatura (como é o caso das lides sociológicas), desempenhando assim um papel supletivo à esta, e não substituindo-a como alguns chegam a entender, ao mesmo tempo em que permite uma maior facilidade na

alternative dispute resolution the story of a political, cultural, and social movement. Jossey-Bass. San Francisco. 2004. p. XXV.

⁵⁹ WEIDNER, Laura. Model Standards of Conduct for Mediators. *In Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 21. n° 2. 2006, pp. 547-567. p. 548.

⁶⁰ DANОВI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018. p. 12.

⁶¹ REIS, José Alberto dos. *Organização Judiciária*. Imprensa Acadêmica. Coimbra 1909. p. 111-112.

⁶² TARUFFO, Michele. *Ensaio Sobre o Processo Civil: Escritos Sobre Processo e Justiça Civil*. Coleção Clássicos Contemporâneos. Vol. 2. Org. e Ver. por Darci Guimarães Ribeiro. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2017. p. 29.

igualação das forças entre os envolvidos, independente de quaisquer poderes econômicos, técnicos e jurídicos que porventura possuam.

Cappelletti menciona uma capacidade de aproximação das posições, na possibilidade de se chegar a soluções que não incorram em vencedores e perdedores, mas uma compreensão recíproca decorrente de uma modificação bilateral (ou multilateral) dos comportamentos.⁶³

Não é questão de se tratar a judicatura como *ultima ratio*, de se visualizar uma “justiça mínima”⁶⁴, acionável somente para os casos de relevante valor jurídico - uma vez que consigo esse raciocínio traria distorções ao pensamento e possivelmente violações a garantias fundamentais - mas de invocá-la somente nos casos em que outras alternativas menos polarizadoras possam atender de forma mais satisfatória.

Não se quer sacrificar a jurisdição, mas invocá-la nos casos de real necessidade e valorizar o seu potencial, evitando o dispêndio desnecessário de recursos humanos e financeiros, auxiliando a torná-la a um mesmo tempo não somente administrável, mas mais eficiente.

Aliás, este é um grave problema enfrentado pela Itália e pelo Brasil, e que não nos parece ocorrer com Portugal – ao menos com a mesma severidade - diz respeito aos gastos dos recursos públicos com o sistema judiciário. Consoante a professora *pavese* Silvestri, na Itália “*the share of the national budget allocated to the administration of justice is not much smaller than in other European countries, but money is spent in irrational ways*”, lembrando ainda que os prédios dos novos Tribunais são verdadeiras “*cathedrals in the desert*”⁶⁵. No

⁶³Escreve ainda nas páginas que se seguem “*un criterio imprescindibile nella ricerca e attuazione di queste alternative, dev’essere peraltro sempre tenuto presente: ossia che esse debbono essere intese non a procurare una giustizia di seconda classe, ma una giustizia più idonea a determinate situazioni, o tipi di situazioni; la giustizia coesistenziale o conciliativa va incoraggiata allorquando essa possa rivelarsi, anche sul piano qualitativo, non già un ‘second best’, ma anzi migliore della ordinaria giustizia contenziosa, il che si verifica soprattutto laddove le persone coinvolte si propongano di ‘rammendare’ un rapporto, anziché di chiuderlo definitivamente. Del pari, la giustizia resa da un ‘centro di giustizia vicinale’ (‘neighbourhood justice center’) può essere più efficace, più informata e in definitiva più giusta di quella resa da un giudice togato, distaccato, lontano, incomprensibile alle parti di una controversia tra vicini, parti le quali a loro volta possono essere incomprensibile al giudice stesso. Del resto, sarà bene non scordare quel criterio di saggezza che ci è suggerito da quanti hanno messo in rilievo che una giustizia ‘totale’ può forse apparire come un bellissimo ideale, ma non è di questo mondo*”. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna. Il Mulino. 1994. p. 93.

⁶⁴ ZAN, Stefano. *Fascicoli e Tribunali*. Il Mulino. Bologna. 2003. p. 21.

⁶⁵ SILVESTRI, Elisabetta. *The Never-Ending Reforms of Italian Civil Justice*. 2011. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1903863> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1903863>. Acesso em 04 de abril de 2019.

Brasil, cumpre salientar que - enfrentando o mesmo problema - os gastos chegam ao equivalente a dois por cento do PIB do país, quatro vezes o recomendado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.⁶⁶ Ademais soma-se, agora comum entre os três países, de um excesso de advogados, o que, tendo em vista a formação recebida, indicaria uma tendência excessiva à instauração de demandas judiciais e não a utilização de outros recursos.

A escolha pela realização e incorporação dos ADR deve ser precedida pela criação de toda uma estrutura capaz de atender a demanda que se seguirá, pois todos os processos a partir de então serão submetidos à este método (salvo os que manifestarem o desinteresse por sua realização). Caso contrário, não havendo uma estrutura capaz de lidar com a demanda juntamente com profissionais capacitados para lidar com o conflito, o postergamento da data de realização da audiência autocompositiva pode se consubstanciar em um verdadeiro entrave à prestação jurisdicional efetiva e dentro de um prazo razoável. Abrir-se-ia desnecessária e perigosamente à possibilidade de sua utilização como subterfúgio para abusos processuais⁶⁷, e mesmo descumprimento por parte dos próprios magistrados⁶⁸.

Na verdade, existem sobre o tema duas correntes opostas, uma primeira defensora da concepção de que os ADR seriam totalmente distintos e incompatíveis, servindo um para complementar o outro, e uma segunda corrente entende haver mais similaridades do que diferenças, não havendo empecilhos para que possam conviver harmonicamente em um mesmo sistema jurídico.⁶⁹

⁶⁶ Conforme notícia veiculada no sítio da Revista Exame em dezembro de 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/gasto-com-judiciario-chega-a-2-do-pib-quatro-vezes-a-media-da-ocde/>> Acesso em 12 de abril de 2019.

⁶⁷ MAZZOLA, Marcelo. Audiência de mediação tem sido usada como subterfúgio para abusos *In Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/mazzola-audiencia-mediacao-usada-subterfugio-abusos>>. Acesso em 08 de maio de 2019.

⁶⁸ D'AGOSTINO, Rosane. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>> Acesso em:25/01/2019.

⁶⁹ Nos dizeres de Resnik “*Two descriptions of ADR and adjudication can therefore be identified, both assuming compatibility but for different reasons. Under one vision, ADR and adjudication are distinct and complementary; one supplements the other. Under the other, the two forms are more similar than distinct. ADR is sufficiently close to adjudication that the two are compatible. I think that the claim of supplementation will not be long lasting and that the claim of similarity is more complex than usually stated. ADR functions less as a court's adjunct than as a competitor. My point here is not primarily turf, about private litigants with resources purchasing adjudication from sources other than the state. While federal and state judges perhaps should worry that they may lose in the competition for the "good" cases, these judges (and others) should also attend to the competition about and among values. ADR - and especially the embrace of settlement - is both a product*

Reconhecendo não haver empecilhos para a coexistência dos métodos, Genn entende ainda que existe uma interdependência entre os ADR e a prática dos tribunais judiciais, na medida em que a possibilidade futura (em suas palavras, um *'background threat of coercion'*) de uma decisão coercitiva e imposta pelo magistrado seria o maior incentivador do acordo entre as partes.⁷⁰

Em linhas gerais, o que se vê atualmente no que tange à procura e a regulamentação, consoante Mancuso, é um movimento pendular no qual a própria demanda e a prática forense seriam capazes de regulá-lo, considerando que “aparentemente [...] quanto mais piora o desempenho do serviço estatal de distribuição de Justiça, mais cresceriam, em número, modalidades e credibilidade, os equivalentes jurisdicionais”⁷¹. Tal afirmação é seguida do entendimento de que tal lógica (quanto pior, melhor) “todavia, não deve ser buscada, nem incentivada, porque, ao fim e ao cabo, levará a um jogo de soma zero, em que todos perderão”⁷².

Não se pode aceitar, portanto, que o recurso aos ADR ocorra somente tendo em vista uma incapacidade estatal de tornar administrável o sistema de justiça civil, reduzindo a carga de trabalho dos juízes enviando uma mensagem de que portanto, não sendo o Estado capaz de oferecer uma prestação jurisdicional eficiente, as partes são encaminhadas para outro lugar para poderem resolver sua controvérsia, como adverte Taruffo⁷³. Nessa esteira acabar-se-ia por trair os meios e seus objetivos, revelando-se as diabólicas e ineficientes intenções político-legislativas⁷⁴.

Consoante o autor italiano, “nesta perspectiva, o recurso à ADR não aparece como um fenômeno em si positivo, mas como reflexo de um fenômeno dramaticamente negativo

of and the means by which adjudication is both reframed and devalued in this political system”. RESNIK, Judith. *Many Doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication*. In *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 10. n. 02. 1995b, pp. 211-265. p. 253-254.

⁷⁰ GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press. Cambridge. 2010. p. 125.

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 Ed. Ver e Atual. e Ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014. p. 273-274.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*. p. 273-274.

⁷³ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* 2017. p. 30.

⁷⁴ Conforme Silva “Se os meios de composição autónoma ou arbitral de resolução de controvérsias forem entendidos, como muitas vezes até confessadamente são, como meios alternativos em sinonímia com meios de alívio da pendência dos tribunais, traem-se os meios e revelam-se as intenções”. SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 35-36.

representado pela disfunção da justiça do Estado”⁷⁵, o que Silvestri entende ser particularmente - e como veremos -, o que ocorreu no sistema italiano⁷⁶ e de certa forma que vem ocorrendo no cenário brasileiro.

Por fim, lembramos ainda as lições de Barbosa Moreira, o qual afirmava que no tocante aos ADR deve sempre prevalecer a publicização destes, e não a privatização da justiça estatal e do processo em si.⁷⁷ Sua introdução no ordenamento processual deve ocorrer de forma cuidada e bem aprofundada sob pena de, em sendo indevidamente regulamentada, tender a alargar e retardar o trâmite processual, causando assim um descrédito ainda maior destes métodos e do próprio aparato estatal.

1.3. ACESSO À JUSTIÇA

A nível internacional o direito do acesso à justiça é resguardado desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos arts. 8^o⁷⁸ e 10^o⁷⁹ e igualmente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 no art. 6^o⁸⁰ e a nível nacional o direito fundamental ao acesso à justiça é igualmente regulamentado nos países que analisaremos. No Brasil

⁷⁵ SILVA, Paula Costa. Idem. p. 31. No mesmo sentido Resnik entende ser os ADR um movimento decorrente das fraquezas e limitações expostas pela judicatura, de forma que devem mutualmente exclusivos RESNIK, Judith. Op. Cit. 1995b. p. 262-263.

⁷⁶ Consoante Silvestri *“I have to admit that I am biased against ADR, since I do not subscribe to the idea that a settlement is under any circumstances a better solution than a judgment, most of all in a country, such as Italy, where you can grow old while waiting for that judgment. In any event, the choice of making mediation mandatory is simply a strategy to keep disputes out of courts, that is, it is a choice made with the only purpose of deflating the courts”*. SILVESTRI, Elisabetta. Op. Cit. 2011.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In *Revista da EMERJ*, Vol. 01, nº 03. Rio de Janeiro. 1998.

⁷⁸ “Art. 8º. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

⁷⁹ “Art. 10º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

⁸⁰ “Art. 6º. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

encontra-se previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88⁸¹, em Portugal no art. 20 da CRP⁸² e na Itália no art. 24 da CRI⁸³.

Sobre este direito fundamental e a ordem processual que carrega consigo, insigne foi o trabalho desenvolvido por Cappelletti e Garth no ‘Projeto Florença’. Consoante os autores, existem três obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, a saber: a) o econômico, resultado dos custos da justiça (em especial dos honorários advocatícios e da antecipação do pagamento das custas); b) o geográfico, decorrente da imensidão do território nacional e a dificuldade de se ter um juiz ao alcance de todo cidadão, e; c) o burocrático, resultado de uma obediência exacerbada a requisitos procedimentais que sobrecarregam o sistema judiciário e retardam o acesso do cidadão ao pleno gozo de seus direitos.

Ato contínuo ao estudo e constatação destes obstáculos, o projeto chegou à conclusão de que poderiam ser estabelecidas três ditas “ondas” de acesso à justiça, três distintos momentos de evolução histórica, teórica e ainda prática do conceito, visando torná-lo mais efetivo.

Como primeira “onda”, temos aquela originária nos séculos XVIII e XIX, nos quais, sob uma filosofia jurídica marcada pelo individualismo, o acesso à justiça corresponderia tão somente ao “direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”⁸⁴, contanto que possuísse condições para arcar com os custos desta.

⁸¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸² “Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva) 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

⁸³ “Art. 24. *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*”.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, pp. 09

O Estado possuiria, portanto, um papel altamente passivo. O movimento se constituiria, portanto, no dever do Estado de fornecer assistência jurídica à coletividade, em especial aos hipossuficientes, bem como em garantir acesso, por todos estes, às cortes judiciais. Deveria haver o fornecimento de uma “capacidade jurídica processual”⁸⁵, uma vez que “num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível”⁸⁶, tendo em vista a ausência de um conhecimento básico sobre os direitos possuídos.

Alcançados os objetivos do primeiro momento, tornou-se necessário revisitar o conceito e aprimorá-lo na perseguição de uma maior efetividade. De tal modo, abrindo-se as portas do Judiciário à uma participação mais ativa dos cidadãos, corolário de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, fez-se imperioso o desenvolvimento do ordenamento jurídico no tocante aos processos coletivos, ou “de massa”, operando uma “insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico”⁸⁷. Reconheceu-se que para a salvaguarda de determinados direitos, ditos difusos e coletivos, nem sempre a totalidade de interessados poderia agir, de tal sorte que “para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos”⁸⁸.

Não obstante, durante o desenvolvimento e implementação das ideias constantes nesta segunda onda, somada à perpetuação do alcançado pela primeira, constatou-se que o acesso à justiça não se confundiria e esgotaria simplesmente com o ingresso no judiciário⁸⁹ e na proteção dos direitos coletivos e difusos, motivo pelo qual na terceira onda o espectro foi consideravelmente ampliado.

⁸⁵ Cappelletti e Garth entendem esta capacidade jurídica processual referindo-se “às inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Idem*, p. 22.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Idem*. p. 22.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Op. Cit.* p. 50.

⁸⁹ Nesse sentido Grinover afirma que “o acesso à justiça não se confunde nem se esgota na possibilidade de todos levarem suas pretensões aos tribunais, mas significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permitam efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Desformalização do processo e deformalização das controvérsias. In *Revista de Processo*, n. 46. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987, p. 69.

A terceira onda tem, pois, como principais objetivos o de reanalisar o papel do magistrado na condução do processo, devendo ser mais ativo e direcionado em suas decisões, contornando eventuais obstáculos meramente formalistas e burocráticos que impeçam uma efetividade da atividade judicante. Não obstante é aqui o momento em que ressurgem uma rediscussão da necessidade de regulamentação de uma justiça coexistencial, a qual propugnaria um maior estímulo à utilização dos ADR.

Se por muito tempo o “acesso à justiça” foi compreendido somente como a possibilidade de se ajuizar uma demanda, sob a ótica do Estado Democrático de Direito tal concepção deve sofrer severas transformações. Sua leitura deve ser ampliada no sentido de além do ingresso com a demanda, compreender as garantias de um processo justo, assim compreendido como “o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos”⁹⁰.

Consequentemente, tal análise nos remonta a um interessante conceito desenvolvido pioneiramente no art. 20 da Constituição Portuguesa de 1976, o qual previa ser assegurado a todos “o direito de acesso ao Direito e à Justiça”⁹¹. Aqui, o legislador lusitano estabeleceu que deveria o Estado agir para garantir não só a proteção judiciária dos direitos, mas de modo a concretizar o gozo destes por seus cidadãos, o que ocorreria através de sete pressupostos⁹²: a) fornecimento de educação básica aos cidadãos; b) oferecimento de condições mínimas de sobrevivência e existência condignas; c) fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo; d) possibilidade de influir nas decisões do Poder Público através de instrumentos democráticos de participação; e) alteração da concepção do Estado para ser entendido como guardião das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, e

⁹⁰ GRECO, Leonardo GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à justiça e garantias. *In Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V. 01, n. 04. Out-Nov. 2009. pp. 58-81, p. 78. Como algumas dessas garantias, ensina Theodoro Júnior se tratar da: “impessoalidade e permanência da jurisdição; a da independência dos juízes; a da motivação das decisões; a do respeito ao contraditório participativo; a da inexistência de obstáculos ilegítimos; a da efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao procedimento legal, que, entretanto, há de ser flexível e previsível; a da publicidade e da duração razoável do processo; a do duplo grau de jurisdição; e, enfim a do ‘respeito à dignidade da pessoa humana, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais.’” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I* / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. Rev., Atual. e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 124.

⁹¹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 29 de março de 2019.

⁹² GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 69-73.

não como administrador da moratória estatal e protetador dos pagamentos; f) oferecimento de aconselhamento jurídico aos pobres; g) acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei competente para solucionar litígios ou praticar atos aos quais a lei subordine sua aprovação à homologação, aprovação ou autorização judicial.

A questão principal que circunda o tema se dá visto a plenitude do acesso à justiça somente ocorrer na medida em que o Poder Legislativo, do qual originam as normas processuais, reconhecer que o tema vai além da perspectiva unicamente do Judiciário, podendo tangenciar inclusive a esfera privada.

Nesse sentido, o acesso à uma ordem jurídica justa perpassaria um “ordenamento capaz de evitar desnecessários conflitos de interesses, sendo certo, contudo, que uma vez existentes, sejam prontamente solucionados, por meio de uma relação jurídica processual simples, ágil e confiável, pública ou privada”⁹³.

Evidencia-se, portanto, uma interessante característica, a que cada vez mais o conceito de acesso à justiça vem sendo concebido e relacionado como uma administração pública da solução de conflitos, na medida em que este encontra-se legitimado pela satisfação do jurisdicionado com a condução do processo⁹⁴. Aliás este é um dos principais fatores pelos quais nota-se uma crescente preocupação e regulamentação dos ADR⁹⁵.

Destaca-se aqui o ‘manifesto’ do Lord Woolf⁹⁶, segundo o qual o acesso à justiça deveria compreender institutos que acelerassem a justiça civil, tornando-a mais acessível aos

⁹³ FONSECA NETO, Ubirajara da. *Curso de Direito Processual Civil: Tutela Coletiva e o Fenômeno do Acesso à Justiça* / Ubirajara da Fonseca Neto, Marcelo Pereira de Almeida, Roberto Monteiro Chaves. - Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007, p. 07.

⁹⁴ Azevedo expõe a relação entre satisfação do jurisdicionado e o acesso à justiça asseverando que “as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o processo foi justo. Bem como, nas hipóteses permitidas por lei, alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça”. AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 6 ed. Brasília, 2016. p. 28. Nesse mesmo sentido ver RHODE, Deborah L. *In the interests of justice: Reforming the legal profession*. Oxford. Oxford University Press. 2000. p. 135

⁹⁵ Resnik já asseverava em 1995 que “*in short, the current embrace of Alternative dispute resolution entails serious dissatisfaction with, if not dislike of, adjudication*”. RESNIK, Judith. Procedural Innovations, Slicing Over: A Comment on Deborah Hensler, A Glass Half Full, A Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation. *In Texas Law Review*. Vol. 73. 1995. pp. 1627-1645. p. 1639.

⁹⁶ O conteúdo do relatório de Lord Woolf sobre o acesso à justiça e a reforma da justiça civil inglesa pode ser consultado na sua totalidade em:

cidadãos ordinários e aos negócios, simplificando a linguagem processual, promovendo acordo rápidos⁹⁷.

Portanto, atualmente o direito de ação e de acesso à justiça deixa de corresponder somente ao engatilhamento da judicatura e a determinados comportamentos dos sujeitos durante o *iter* processual, mas passa a ser o gatilho para que o tribunal possa lhe oferecer o método que melhor seja capaz de solucionar a demanda que possui.

Nesse diapasão, encontram razão, em nosso entender, a parcela doutrinária que compreende se dar uma melhor integração entre os métodos na direção da reforma da justiça civil, no verdadeiro sentido dos *Multidoor Courthouses*.⁹⁸

Diante de tais aspectos, a tarefa dos juristas e dos processualistas é, portanto, dupla, na medida em que deve desenvolver o conceito, e igualmente fornecer subsídios para que os legisladores se sensibilizem da importância e da forma como melhor se propiciar um acesso efetivo aos tribunais com a utilização dos ADR.

1.4. PANORAMA DE UMA CRISE?

Tem-se afirmado que a principal evolução dos tribunais portugueses modernos ocorreu indubitavelmente após a Revolução de abril de 1974, a qual pôs fim ao período ditatorial que marcava a sociedade civil portuguesa.⁹⁹ Assim, nos anos que se seguiram, já em uma democracia estabelecida e potencializada pelo desenvolvimento econômico e social do país, aumentou-se o número de demandas judiciais no âmbito penal, civil, empresarial, familiar, de consumo, consequência direta de uma maior consciência dos direitos e busca por substitutos na justiça para suas resignações e conformismos.¹⁰⁰

<<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/emerge/emerge.htm>>. Acesso em 15 de dezembro de 2018.

⁹⁷ ANDREWS, Neil. The New English Civil Procedure Rules (1998). In RHEE, C.H. Van (edit). *European Traditions in Civil Procedure*. Interselia Antwerpen. Oxford. 2005. p. 166-167.

⁹⁸ Nesse sentido TARUFFO, Michele. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. In *Revista de Processo*. Vol. Vol. 152. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007, p. 328 et seq.; SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 37.

⁹⁹ Conforme escreveu CEBOLA, Cátia Sofia Marques. *Resolução Extrajudicial de Conflitos: Um novo caminho, a costumada justiça*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2008. p. 22.

¹⁰⁰ BARRETO, António. Crises da Justiça. In BARRETO, António [org.]. *Justiça em Crise? Crises da justiça*. 1ª Edição. Publicações Dom Quixote. Lisboa. 2000. pp. 13-28. p. 18.

Ressalvadas as singularidades decorrentes da severidade dos regimes enfrentados, é a mesma realidade enfrentada pelo Brasil, durante seus quase 20 anos de regime militar iniciado em 1964, e a Itália, que por muito tempo conviveu com seus regimes totalitários fascistas.

Vencidos estes momentos históricos, é natural que o retorno à organização democrática se dê com uma proteção exponencialmente mais elevada dos direitos fundamentais dos cidadãos, buscando protegê-los já não somente de violações por parte de privados, mas principalmente do próprio Estado. Assim, tal proteção consubstancia-se na garantia de um direito amplo e irrestrito de acesso à justiça e os meios de solução de conflitos que esta lhes coloca à disposição.

Todavia, em que pese crescente a proteção jurídica dos direitos e do acesso às Cortes, estas não conseguiram acompanhar a evolução quantitativa de demandas e qualitativa na possibilidade de emprego de outros meios para solucionar os conflitos, seja pela própria demanda dos cidadãos, seja por uma ausência de estruturas e profissionais para tanto.

Mancuso faz uma leitura muito interessante da realidade brasileira, e que é facilmente transplantável para os demais sistemas jurídicos que aqui estão sendo analisados. Entende o autor que a cultura demandista instalada na sociedade se dá, tendo em vista uma leitura exacerbada, quiçá ingênua e irrealista da garantia de acesso aos tribunais, o qual se converteu na foz de qualquer pretensão resistida, insatisfeita, com valor elevado ou mesmo valores pecuniários ínfimos. Ademais, acrescenta que “umas e outras, em verdade, não justificam a judicialização, na esteira do sábio aviso romano – *de minimis non curat praetor* - podendo e devendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato judiciário estatal”.¹⁰¹

Uma consequência direta da cultura demandista é a dificuldade de o sistema judiciário conseguir dar vazão à quantidade de ações que diariamente lhe são levadas, tornando morosa e inoperável a administração da justiça, justamente o principal problema e que mais contribui para a deslegitimação social “levando a que, muitas vezes, sejam

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p. 108

encarados, não como um facilitador da defesa e da afirmação de direitos, mas antes como um obstáculo”¹⁰².

Entrementes, é de se considerar que passou-se então nestes países a ser realizada uma leitura errônea e exagerada do acesso à justiça, o qual se tornou sinônimo de uma possibilidade irrestrita e insuscetível de quaisquer restrições, por mínimas que sejam. Quaisquer condicionamentos que visem a própria manutenção da saúde da administração da justiça, torná-la administrável e privilegiar métodos que ainda são tidos como incomuns (ou alternativos), gera um grande antagonismo e infundadas ao nosso ver alegações de inconstitucionalidade.

Não queremos dizer com isso que se deva restringir o acesso à justiça, mas sim que eventuais elementos que condicionem o exercício do direito, e que busquem demonstrar uma movimentação das partes no sentido de se tentar solucionar o conflito devem ser igualmente prestigiadas, para evitarmos a utilização abusiva e irrestrita do direito de ação, salvaguardando os interesses gerais. Destarte, ao mesmo tempo em que deve-se ter resguardado o direito de se recorrer ao Estado para que se tente solucionar o conflito, a lesão ao direito, as partes não podem negar o protagonismo das situações que lhes diga respeito.

Compreendendo existir maior eficiência¹⁰³ e satisfação do jurisdicionado quando os litígios são definidos de forma mais ampla e os envolvidos são capazes de ir além de uma reconstrução do passado, criando uma variedade de fatores muito maior que os motivem na disputa, Moffitt elenca uma segunda etapa que vai além do tradicional “*backward-looking*”, o qual limita significativamente o espectro de análise do conflito. Segundo este, tratar-se-ia de uma ampliação das informações consideradas como relevantes, visando contrabalancear os efeitos da primeira etapa, de modo a tentar alargar este mencionado espectro de análise¹⁰⁴.

¹⁰² GOMES, Conceição. *Os atrasos da Justiça*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa. 2011. p. 23.

¹⁰³ A eficiência a que se faz referência é a de entrega às partes de uma tutela jurisdicional plena, que passe pela compreensão das nuances daquele caso e dos anseios da parte frente à atuação estatal. O Estado não pode ser apenas aquele que entrega uma prestação jurisdicional, mas deve ser também aquele responsável por dispor de todos os métodos de solução de conflitos possíveis e existentes, cumprindo-lhe ainda o dever de estimular para que se use o método menos gravoso e que melhor resultados traga para a solução do impasse.

¹⁰⁴ MOFFITT, Michael. Pleadings in the Age of Settlement *In Indiana Law Journal*, Vol. 80: Iss.3. Article 3, 2005, pp. 727-771. p. 728-729. Ainda segundo o autor “*imagine a civil procedure system within which parties initially define the contours of the problem to be resolved through direct conversation, rather than through formal exchanges of documents. Imagine that the shape and scope of problems under consideration were not restricted by stylized rules of pleadings. And imagine that all of this could happen without disrupting the fundamental cadence of modern litigation*”.

Consoante Marco Gradi, as vantagens de uma solução consensual para o conflito são notáveis e consistem “*da un lato, nella possibilità di preservare i rapporti fra le parti e, dall’altro, nella maggiore flessibilità del contenuto dell’atto risolutivo della controversia*”, o qual pode assumir “*un contenuto atipico rispetto ai diritti oggetto della lite, ossia può offrire soluzioni che non sarebbe possibile ottenere in sede contenziosa*”¹⁰⁵.

O cerne da discussão reside, portanto, em sabermos se existe uma melhor forma de regulamentação processual e incorporação dos ADR dentro de um ordenamento processual, na medida destes se consubstanciarem em verdadeiras “condições da ação”, ou mesmo uma “etapa processual” a ser ultrapassada por todos os processos, devendo ou não haver um filtro para tanto. Como criar, através de uma inovação legislativa, uma cultura nacional de socorro à resolução dos conflitos através dos ADR. A fim de chegarmos à essa análise, mister analisarmos quais e como a questão é enfrentada em alguns ordenamentos existentes.

1.5. TRIBUNAL MULTIPORTAS – O MULTIDOOR COURTHOUSE

Conhecido internacionalmente por “*Multidoor Courthouse*”, o Tribunal Multiportas é um termo originalmente cunhado pelo editor da *Dispute Resolution Magazine*¹⁰⁶ ao se referir ao discurso intitulado “*Varieties of Dispute Processing*” de autoria de Frank Sander¹⁰⁷, o qual era inicialmente pensado como algo relacionado a um “centro abrangente de Justiça”. Doutrina a considera uma ideia de fácil compreensão, partindo do pressuposto de os tribunais necessitarem passar a ser verdadeiros “hospitais dos conflitos sociais”, onde poder-se-á atender à especificidade da demanda com o método mais adequado ao tipo de pretensão almejado.

O conceito corresponde a uma estrutura multifacetada de resolução de conflitos, na qual aos jurisdicionados é conferida a escolha de participação, de modo livre, sendo possível que estes elejam o mecanismo de solução de conflito que considerem mais adequada ao tipo

¹⁰⁵ GRADI, Marco. La Mediazione e la Conciliazione Delle Controversie Civili In PUNZI, Carmine [coord.]. *Il Processo Civile: Sistema e Problematiche. Le Riforme del Quadriennio 2010-2013*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 305-326, p. 306.

¹⁰⁶ Como evidenciado em JOHNSON, Earl. The Pound Conference Remembered. In *Dispute Resolution Magazine*. Vol. 19. Fall 2012, pp.06-08. p.07.

¹⁰⁷ Sobre Frank Sander ver MOFFIT. M. L. Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer. In *Negotiation Journal*, Vol. 22. n.º. 4, 2006, p. 437.

de conflito existente no Tribunal, o qual possuiria então uma “oferta diversificada e integrada”¹⁰⁸.

Em uma escala decrescente de envolvimento do terceiro, teríamos então a adjudicação (judicatura estatal, arbitragem e processos administrativos), *ombudsman*, *fact finding/inquiry*, conciliação, mediação, e a negociação, sem o prejuízo de aqui serem incluídos outros métodos.

Tal adequação é assim averiguada a partir do equilíbrio entre cinco quesitos, subjetivos, mas relevantes, a saber: a) a natureza da disputa e do direito envolvido; b) a relação entre as partes, se esta é uma relação continuada ou pontual; c) os valores pecuniários em disputa; d) custos do método escolhido, e; e) celeridade.¹⁰⁹

Genn afirma no sentido de “*a well-functioning civil justice system should offer a choice of dispute resolution methods*”¹¹⁰, e portanto, sob este farol jurídico, trata-se de um modelo integrativo que pode “contribuir para a inserção das pessoas sem voz ativa no centro das ações, em igualdade de condições”¹¹¹, corrigindo o, já mencionado *supra*, déficit de legitimação democrática das decisões judiciais que encontramos atualmente.

No mesmo sentido, Jacob já aduzia ao se referir à uma necessária reforma na justiça civil inglesa nos anos 80, que “*the reform of civil procedural law would [...] require the consideration of conciliation or mediation as a procedural device for promoting the compromise or settlement of disputes*”¹¹² seja através de uma iniciativa advinda das próprias partes ou mesmo da própria Corte.

Consoante a interessante visão de Menkel-Meadow, a vida moderna apresenta problemas muito complexos, os quais por vezes acabam por requerer soluções igualmente

¹⁰⁸ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª Edição. Almedina. Coimbra. 2019. p. 323.

¹⁰⁹ SANDER, Frank E. A. The Multi-Door Courthouse Settling Disputes in the year 2000. In *Barrister*, ABA Young Lawyers Div. Vol. 03, 1976. pp. 18-42. .

¹¹⁰ GENN, Hazel. Op. Cit. p. 125.

¹¹¹ Capítulo 1. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: Explorando a Evolução do Tribunal Multiportas In ALMEIDA, Rafael *et al.* *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 29.

¹¹² JACOB, Sir Jack I. H. The Reform of Civil Procedural Law. In *The Law Teacher*. Vol. 14. 1980. pp. 1-30. p. 21.

complexas e multifacetadas, de forma que os Tribunais em sua concepção tradicional não é capaz de atender devido à uma ‘limitação imaginativa’¹¹³, na esteira do que preceitua Castanheira Neves de não poder a lei ser tida como único e absoluto instrumento do direito, seja em extensão, seja em validade¹¹⁴.

Não obstante, segundo a autora norte-americana, existem situações nas quais “*the ‘false’ representation of oppositional stories may oversimplify the facts and not permit adequate consideration of fact interpretations or conclusions that either fall somewhere in between, or are totally outside of, the range of the lawyers presentations*”¹¹⁵, motivo pelo qual defende ser de suma importância a utilização dos ADR, em especial da mediação.

Inicialmente pensado para a realidade norte-americana nos anos 50 no período da *litigation explosion*¹¹⁶, podemos hoje perceber o potencial transformador que o conceito carrega consigo. Ao trazer não somente um aglomerado de ideias transformadoras, carrega uma nova forma de se enxergar e estruturar o sistema judiciário. Para tanto, deve este possuir seu espectro de análise minuciosamente analisado, uma vez haverem diversas evidências da existência de uma “*global tendency to foster a convenient co-existence of the state administered court system and the processes of arbitration, mediation, and settlement*”¹¹⁷.

¹¹³ Nas palavras da autora “*Modern life presents us with complex problems, often requiring complex and multifaceted solutions. Courts, with what I have called their ‘limited remedial imaginations’, may not be the best institutional settings for resolving some of the disputes that we continue to put before them*”. MENKEL-MEADOW, Carrie. The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world. *In William and Mary Law Review*. Vol. 38. 1996. pp. 05-44. p. 7.

¹¹⁴ O autor lusitano faz tais considerações ao tratar da independência dos juízes, mas nem por isso o raciocínio deixa de poder ser transposto. De tal sorte, “os juízos de valor a obter da lei e os conceitos jurídicos não oferecem nunca critérios axiológicos de inequívoca certeza matemática; antes pressupõem sempre uma opção e compreensão, uma ponderação e valoração do juiz que com eles opera. Frequentemente remetem o juiz para os valores da cultura ou da eticidade, que lhes estão na base, os quais não se manifestam em normas formalmente acabadas, mas só em princípios formais muito gerais”. Logo, “a lei [...] não é critério da sua própria validade”, mas pelo contrário, deve-se compreender no direito uma intencionalidade normativa que extrapola o nível legal, a qual pode ser tida como uma “consciência jurídica geral” da comunidade de que se trate, decorrente de uma ‘psicológica intersubjetividade’. NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos ‘Assentos’ e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra. 2014. p. 108; 162-163 e 179-180.

¹¹⁵ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Idem*. p. 17-18.

¹¹⁶ O período da *litigation explosion* ocorreu nos anos 50 nos EUA e representou um momento de crescimento exponencial das causas civis ajuizadas nas diversas Cortes de Justiça, nas quais em pouco tempo criou uma rigidez e o formalismo dos mecanismos processuais, os quais se tornaram inadequados aos fins aos quais inicialmente foram concebidos. Ver DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. Op. Cit. 14. Ver ainda MENKEL-MEADOW, Carrie. Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR. *In Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 16, nº 01, 2000, pp. 01-37; LEVIN, M.; WHEELER R.R. (eds.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul (Minn.), West Pub., 1979.

¹¹⁷ ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice*. Springer. Dordrecht [etc.]. 2012. p. 274.

Em sentido oposto, há ainda parcela da doutrina que não coaduna com a existência e mesmo coexistência dos ADR com a jurisdição estatal, seja devido à sua natureza privada, seja por perpetuar determinadas injustiças sociais¹¹⁸, ou mesmo por entenderem violar o próprio conceito de democracia.¹¹⁹

Em primeiro lugar, a natureza privada poderia impedir que através do processo não somente as partes, como os juízes e demais envolvidos seriam “educados”, de forma que o conhecimento jurídico sobre a matéria fosse disseminado socialmente de forma mais efetiva.¹²⁰

Sobre a perpetuação das injustiças sociais, os que assim entendem argumentam que justamente por ficar à cargo das partes grande parte do procedimento e não haver um controle público sobre o que é decidido, tenderiam a perpetuar a discriminação em suas mais variadas formas podendo fazer com que nas negociações, uma das partes se contentasse com menos (ou muito menos) do que aquilo que lhe fosse devido.¹²¹

Por seu turno, Fiss acrescenta ainda seu entendimento de que somente a judicatura possuiria capacidade de levar justiça ao caso concreto, argumentando justamente que os profissionais que nela atuam estão investidos de uma função oficial de “trustees” para o público, sendo assim mais visíveis e tendo sua atividade uma maior fiscalização pública, sendo ainda comprometidos com a ‘razão’.

No tocante ao argumento da parcela doutrinária que entende violar o caráter democrático, sustentam os autores que tendo em vista a diminuição do controle popular sobre o procedimento, dada a diminuição relativa à publicidade da decisão e do caminho percorrido até alcançá-la, e sobretudo porque aqueles que optassem pelo recurso aos ADR

¹¹⁸ Sobre autores e considerações no sentido contrário aos ADR, ver GÉLINAS, Fabien [et al.]. *Foundations of Civil Justice: Toward a Value-Based Framework for Reform*. Springer. Londres. 2015. p. 86-87, e; FISS, Owen M. Against Settlement. *In Yale Law Journal*, Vol. 93. 1984. pp. 1073-1090. Não devemos desconsiderar, em que pese os argumentos trazidos por estes autores ser um risco, que o ambiente judiciário igualmente não se encontra imune a ocorrências no mesmo sentido, uma vez as decisões judiciais (singulares ou colegiadas) correrem o risco de possuírem um pano de fundo ideológico dos julgadores, o mesmo ocorrendo com sua possível revisão. Nesse sentido os ADR favoreceriam um ambiente mais plural, mais suscetível a serem aceitos diálogos e composições mais vanguardistas e socialmente justas.

¹¹⁹ FISS, Owen M. Out of Eden. *In Yale Law Journal*, Vol. 94. 1985. pp. 1669-1673. p. 1673.

¹²⁰ GÉLINAS, Fabien [et al.]. Op. cit. p. 86.

¹²¹ GÉLINAS, Fabien [et al.]. Op. cit. p. 86. Ver também RESNIK, Judith. Revising the Canon: Feminist Help in Teaching Procedure *In University of Cincinnati Law Review*, Vol. 61. 1993. pp. 1181-1196.

estar-se-ia demonstrando uma ausência de senso de comunidade, uma vez que ri de de encontro com as regras procedimentais que a comunidade na qual se insere determinou como aquela que deve ser seguida.¹²²

Não obstante, ainda no tocante a um eventual caráter antidemocrático dos ADR, afirma-se que manter cerrado o debate sobre o direito em litígio gera a perda de oportunidade de se criar e modificar leis que realmente expressem valores públicos.¹²³

Em posição doutrinária mais central, Gomes entende que “se em algumas áreas da conflitualidade os ADR podem e devem constituir alguma alternativa efectiva aos tribunais judiciais, noutras podem constituir uma alternativa predatória e um risco secular de vulnerabilização da parte mais fraca”¹²⁴.

Mais correta parece ser, em nosso entender, a primeira parcela da doutrina, tendo em vista o raciocínio ser exatamente o oposto daquele defendido pelos que rechaçam a institucionalização dos ADR. Estados autoritários tendem a concentrar para si a solução de quaisquer litígios, diminuindo a intervenção da autonomia privada, ao passo que o Estado democrático tende a aceitar o resultado de qualquer forma de intervenção privada¹²⁵.

O ideal nos parece, todavia, o caminho que não tangencia os extremos e bebe de ambas as fontes, avesso à uma rotulação extremista. Dessa forma a ideologia por trás de um tribunal multiportas traz ao Estado a responsabilidade de institucionalizar e conferir eficácia aos ADR, ao mesmo tempo em que respeita a autonomia privada das partes e sua

¹²² “[...] dispute resolution processes that provide opportunity for civil discourse, for a respectful airing of grievances and attention to rights, and for meaningful participation by disputants and others in the community, are likely to build social capital and with it furnish the ‘glue’ that is essential to community. As I have suggested elsewhere ‘resort to litigation... involves an affirmation of community’, willingness to subject oneself to the community’s standards and procedures and ‘cede a degree of autonomy in the interest of community cohesion’. Because the trial is the most visible and public of dispute resolution processes, a reduction in its use may be cause for concern among communitarians. If, as Putnam asserts, participation in community activities is an important barometer of national health, then the opportunity to participate (as a litigant, a juror, or an observer) in a public, legally binding dispute resolution process is an important measure of the health of our democracy”. ACKERMAN, Robert. M. Vanishing Trial, Vanishing Community – The Potential Effect of the Vanishing Trial on America’s Social Capital. *In Journal of Dispute Resolution*. Vol. 7. 2006, pp. 165-180. p. 167.

¹²³ Destaca-se sobre o tema HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases *In Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 1, Issue 3. 2004. pp. 705-734.

¹²⁴ GOMES, Conceição. *Os atrasos da Justiça*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa. 2011. p. 23.

¹²⁵ Conforme. SILVA, Paula Costa e. Op. Cit. p. 38

autodeterminação, tornando público métodos inicialmente concebidos somente na esfera privada, mas sem retirar a total autonomia e autodeterminação das partes.

Através desse encampamento de métodos pelo tribunal, além de se ter uma estrutura mais consolidada, bem como um maior prestígio e respeitabilidade, o sucesso do procedimento e do instituto tende a ser maior, ademais do fato de possibilitar um controle maior sobre os profissionais. Não se retiraria a autoridade estatal, mas a solução dos conflitos não necessitaria ser indistintamente por ele imposta, dando voz à vontade das partes.

Ressalta-se ainda que, em nosso entender, a resposta às principais críticas aos ADR perpassa, indubitavelmente, pela institucionalização destes métodos pelos tribunais estatais. Ora, além de conferir um caráter mais oficial, aumentando a respeitabilidade e aceitação social do método e dos profissionais envolvidos, o controle judicial do acordo (mesmo que somente de elementos formais) em uma eventual homologação posterior controlaria as potenciais ‘injustiças sociais’ e a dita ‘perpetuação de preconceitos’. Não podemos deixar de frisar ainda que, como veremos posteriormente, os profissionais responsáveis pela condução do procedimento podem ser penalizados, bem como neste ponto é de suma importância a participação dos advogados.

2. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Diante de conflitos, inerente à condição humana é a adoção de um padrão de comportamentos para lidarmos com estes. O primeiro e mais instintivo é a fuga ao conflito. Como em nossa cultura ocidental o conflito é no mais das vezes observado através das consequências negativas que provoca, sendo dificilmente enxergada a possibilidade de crescimento e melhoramento da nossa condição, o mais comum é, ao nos sentirmos acuados, nos distanciarmos daquelas situações, fugindo e evitando lidar com elas. Consoante Azevedo “o retorno de luta ou fuga consiste na teoria de que animais reagem a ameaças com uma descarga ao sistema nervoso simpático impulsionando-o a lutar ou fugir”¹²⁶.

A segunda opção diante de tal cenário é a luta, juridicamente concebida dentro do termo de “autotutela”, na qual a parte busca fazer valer o que entende ser o seu direito mediante a imposição, inclusive mediante o emprego de força, para com a parte contrária.¹²⁷ No melhor dos cenários essa imposição ocorre sem o uso de violência, mas não se pode negar que em determinadas circunstâncias ela é utilizada.

Não existindo – ou sendo rarefeita - a percepção contrária, de o conflito poder ser sim uma oportunidade de evolução pessoal, de que o estado de caos é importante para a construção do momento de paz posterior buscou-se conceber e regulamentar o uso de mecanismos de solução de conflitos, os quais, no primeiro momento deixariam de lado qualquer tentativa de resolução que partisse dos próprios envolvidos, partindo da compreensão de que um terceiro – mais instruído na seara jurídica e humana – pudesse ser mais capaz de enxergar a melhor solução para solucionar o conflito.

Foi, todavia, a partir da concepção oposta que entendeu-se ser de suma importância uma participação ativa dos titulares do direito discutido no processo de tomada de decisão, seja para uma evolução destes, de sua própria condição com seres humanos e como cidadãos ativos em sua sociedade.

¹²⁶ AZEVEDO, André Gomma (org.). Op. Cit. p. 52.

¹²⁷ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª Edição. Almedina. Coimbra, 2002. p. 35.

Consoante doutrina especializada, os mecanismos de solução de controvérsias podem então ser qualificados tendo em vista seu caráter voluntário ou obrigatório, serem adjudicatórios ou consensuais, e ainda, serem centrados nos interesses ou nos direitos.¹²⁸

Classificam-nos assim em três subcategorias específicas, a saber: a) Autocompositivas e Heterocompositivas, no que tange à influência do terceiro na decisão final; b) *Endoprocessuais* ou *Extraprocessuais*, conforme o momento processual em que ocorre; c) Adjudicativas e Facilitativas analisado tendo em consideração a vinculação das partes à manifestação do terceiro.

No tocante aos ‘métodos heterocompositivos’, são assim denominados todos aqueles métodos em que a solução ao conflito é imposta por um terceiro alheio ao conflito, como é o caso da Arbitragem. Por sua vez, nos ‘métodos autocompositivos’ a solução é tomada pelos próprios litigantes, possuindo o terceiro um papel mais ou menos ativo na geração de opções, mas principalmente ligado à facilitação da comunicação entre os envolvidos.

Por sua vez, são considerados métodos ‘*endoprocessuais*’ aqueles que ocorrem no interior e durante um processo judicial que já esteja sob trâmite judicial, como uma etapa, seja obrigatória por previsão legal, seja facultativa aconselhada pelo magistrado, ou eleita pelas partes. Em contrapartida, os ‘*extraprocessuais*’ são os métodos que ocorrem previa ou paralelamente ao processo judiciário, podendo igualmente advir de uma obrigação legal, inserindo assim a tentativa de recorrer aos ADR como uma condição de procedibilidade da demanda.

Como última das tradicionais classificações elencadas, temos como mecanismos ‘adjudicativos’, aqueles nos quais a manifestação do terceiro neutro é vinculante, devendo, as partes atenderem e aceitarem as ‘imposições’ e ‘concessões’ feitas, ao passo que nos métodos ditos ‘facilitativos’, em posição diametralmente oposta, essa manifestação não vincula as partes, consubstanciando somente uma proposta feita por um terceiro tendo em consideração os elementos que foram apresentados, buscando uma ampliação dos debates e manutenção de um estado de civilidade e negociação entre os participantes.¹²⁹

¹²⁸ NIEMIC, Robert J.; STIENSTRA, Donna; RAVITZ. *Randall. Guide to Judicial Management of Cases in ADR*. Federal Judicial Center. 2001. p. 9-10.

¹²⁹ DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *Op. Cit.* p. 18-23.

Para o propósito do presente trabalho, passamos a aprofundar a análise dos métodos consoante sua classificação em relação à influência do terceiro e a forma através da qual se chega à decisão final, logo, os métodos heterocompositivos e os métodos autocompositivos, deixando para o capítulo seguinte as considerações acerca de sua incorporação ou não no percurso processual.

2.1. MÉTODOS HETEROCOMPOSITIVOS

Os Métodos Heterocompositivos, como brevemente abordado anteriormente, são entendidos como aqueles através dos quais a decisão não advém de um acordo entre as partes, mas sim são originados pela decisão de um terceiro (ou mesmo mais de um) que para tal função é designado.

Nesta classificação encontramos dois métodos muito similares, mas que ocupam posições opostas devido à natureza de seu pertencimento. Dentro de uma perspectiva privatista, encontramos o instituto da Arbitragem, e na publicista a Judicatura tradicionalmente concebida como a entrega de uma decisão final por parte de um magistrado que simboliza o poder Estatal, os quais passamos imediatamente a analisar.

2.1.1. JUDICATURA

A Judicatura é a ‘justiça’ por excelência. É o primeiro método lembrando quando em âmbito jurídico é levantado o tema dos métodos de solução de conflitos. Em realidade, foi o desencadeamento histórico do estudo do processo civil que fez com que tal sinonímia ocorresse.

A judicatura é o mecanismo de solução de conflitos através do qual o Estado, exercendo o seu poder de império e cumprindo a função social para a qual foi concebido, adentra a esfera do direito dos indivíduos (após ser por estes suscitado) a fim de solucionar, através de um juízo pré-constituído, o conflito instaurado para proteger os direitos dos litigantes, através de um processo que igualmente os resguarde e atenda.

De tal sorte, o conflito lhe é submetido pelas partes, as quais esperam que o magistrado (o qual atua como a personificação do poder estatal) lhes diga a quem pertence o direito que está sendo questionado, entregando assim uma prestação jurisdicional, cujo cumprimento poder-se-á ser obrigado futuramente em sede de execução.

Na concepção clássica a relação entre partes e este magistrado é uma relação triangular, de modo que em sua base encontram-se as partes, as quais relacionam-se entre si e igualmente com o magistrado, e na ponta de cima temos o magistrado se relacionando com ambas.

Mesmo sendo a mais tradicional das classificações, a doutrina já vem cumprindo o seu papel de atualizá-la. Consoante o sempre ilustre José Alberto dos Reis, em 1929 este já manifestava sua aversão à figura do um “juiz manequim”, do “juiz fantoche”, na medida em que “o Estado tem no desenvolvimento do processo um interesse a defender e uma função a desempenhar: assegurar a realização do direito objetivo, fazer triunfar a justiça”¹³⁰. Nesse sentido, entende que deve o juiz possuir poderes mais amplos e um papel mais ativo na instrução da causa e na marcha processual. Foi justamente o que anos mais tarde veio a ser desenvolvido em solo italiano com o modelo colaborativo proposto por Eduardo Grasso em 1966.

Em seu célebre “*La Collaborazione nel Processo Civile*”¹³¹, Grasso defendeu a proposta de que os sujeitos processuais deveriam colaborar entre si, pois somente assim, almejando uma maior efetividade da tutela jurisdicional através da interação entre estes, se conseguiria tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, o que nos dias de hoje já conta, inclusive, com algumas positivamente¹³².

De tais experiências destacam-se as experiências portuguesa (art. 266 e 519 do CPCpt de 2013) e mais recentemente a brasileira (art. 6º CPCbr de 2015), buscando reorganizar as “*forze operante nel processo*”¹³³ a fim de que tenhamos um pluralidade de pessoas operando contemporânea e conjuntamente para conseguirem um resultado que individualmente não seria possível¹³⁴.

Trata-se não somente de um comando para determinadas situações, mas antes um modo de se desenvolver operações processuais para as quais tanto as partes como o juiz são

¹³⁰ Conforme REIS, José Alberto dos. Breve *Estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra. 1929, p. 208.

¹³¹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM. Padova. 1966. pp. 580-609.

¹³² Segundo o autor, quando não ocorresse naturalmente entre os envolvidos na relação processual “*la cooperazione può essere poi agevolata mediante strumenti idonei a stimolare ed entro certi limiti ad obbligare al colloquio*”. GRASSO, Eduardo. Idem. p. 589.

¹³³ GRASSO, Eduardo. Idem. p. 584.

¹³⁴ GRASSO, Eduardo. Idem. p. 586.

legitimados a realizar em sua própria esfera de ônus e poderes¹³⁵, além de um critério interpretativo.

Dentre os mais modernos, destaca-se Mitidiero¹³⁶, o qual defende uma nova estrutural relacional no processo de forma tal que “o juiz deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”¹³⁷, e para tanto, visando efetivar essa colaboração, deve atender, conforme penadas de Teixeira de Sousa, a quatro deveres: (i) o dever de auxílio; (ii) o dever de consulta/diálogo; (iii) o dever de prevenção, e; (iv) o dever de esclarecimento.¹³⁸

Assim sendo, observa-se um desenvolvimento da judicatura no sentido de termos um processo mais colaborativo entre os sujeitos processuais, mas que não pode (nem deve) retirar o protagonismo do magistrado, responsável pela condução do processo e sua eficiente gestão.

2.1.2. ARBITRAGEM

Ainda na categoria dos métodos heterocompositivos, nos quais a decisão advém de uma imposição do terceiro, temos ainda a Arbitragem, uma expressão de um reconhecimento democrático da autonomia privada

No procedimento arbitral, privado por excelência, o terceiro decisor do conflito é denominado de ‘árbitro’ e possui como sua fonte de legitimação a legislação nacional e constitucional ou infra, bem como através de um acordo das partes consubstanciado em uma convenção de arbitragem.

Da natureza no método, esse terceiro tende a ser um profissional especialista na matéria que esteja sendo discutida, justamente devido à característica mais importante (e por muitos enxergada como principal vantagem frente a judicatura) ser esta tecnicidade do

¹³⁵ GRASSO, Eduardo. Idem. p. 606.

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 3ª Edição Ver, Atual e Ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015a.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. 2015a, p. 64. No mesmo sentido DIDIER JÚNIOR. *Fundamentos do princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 48; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Almedina. Coimbra. 2012. p. 78.

¹³⁸ De forma mais aprofundada sobre tais deveres, ver SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lex. Lisboa. 1997. p. 65; SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003. p. 605, e; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 163.

jugador. De tal forma, conhecendo os meandros da matéria, será uma pessoa mais bem capacitada para compreender os impactos e a viabilidade das soluções à que pode chegar. Vale ressaltar que pode-se tratar ainda de vários uma decisão colegiada, na qual ao invés de somente um terceiro, o processo será guiado por um número plural de profissionais, devendo sempre estarem em número ímpar.

Sobre a natureza jurídica da Arbitragem debatem três doutrinas, uma primeira contratualista a qual entende a arbitragem como um contrato celebrado pelos árbitros na posição de mandatários das partes, uma segunda corrente jurisdicional, a qual parte do pressuposto de que as decisões arbitrais são atos jurisdicionais e os árbitros são juízes e não mandatários, e, por fim, uma terceira doutrina mista, mais amplamente aceita doutrinariamente, que defende ser um *tertium genus* entre o julgamento da autoridade estatal e sua natureza privada de contrato.

Devida à uma natureza mais privada, possui duas formas de se apresentar aos seus usuários, de forma institucionalizada em uma câmara ou tribunal arbitral, ou de forma *ad hoc*, sem existir previamente e nem posteriormente à decisão, sendo criado única e especificamente para a solução de uma determinada demanda, o que pode gerar sérias complicações no que tange à anulação da decisão - mas que não adentraremos por não ser o cerne do presente trabalho.

Em Portugal, temos a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) nº. 63/2011 e a Lei dos Mecanismos de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo nº. 144/2015, na Itália pelo Dec. Leg. nº. 2/2006 e Legge nº. 162/10, e, no Brasil através da lei de arbitragem nº. 9.307/96 (com as grandes alterações promovidas pela lei nº. 13.129/15).

Mesmo não sendo o escopo do presente trabalho, imperioso ressaltarmos, no que tange aos países que são objeto de estudo no presente trabalho, que todos possuem uma base legislativa muito próxima, seja no tocante aos direitos que estão sujeitos à arbitragem, os direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação, seja em se tratando da fonte das decisões judiciais, ou o direito constituído e positivado, ou por equidade, caso assim estipulem as partes.¹³⁹

¹³⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*. 4ª Ed. GestLegal. Coimbra. 2017. p. 87.

Nessa esteira, seja através de uma cláusula compromissória (previsão contratual e pré existência do conflito) ou por meio de um compromisso arbitral (pós existência do conflito), as partes renunciam a recorribilidade à judicatura estatal e convencionam submeter a lide que possuem à uma instituição privada, a qual, através de um profissional, denominado ‘árbitro’ (o qual fará as vezes do magistrado) irá impor uma decisão (passível de ser executada em âmbito estatal no caso de não cumprimento) que vincule os litigantes.

2.2. MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: OS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

Como visto acima, são considerados autocompositivos aqueles métodos nos quais a solução é originária da vontade das partes, possuindo o terceiro um papel mais limitado.

Em se tratando de mecanismos autocompositivos, como tratado, o eventual acordo de vontades possui iniciativa das próprias partes, protagonistas do procedimento e melhores conhecedoras dos seus reais interesses. Distinguem-se, todavia, como veremos, na atuação do terceiro que venha a intervir na relação existente.

Segundo Genn, o termo *Alternative Dispute Resolution* pode ser considerado um “*umbrella term*” sob o qual podem ser incluídos inúmeras técnicas de resolução de conflitos que não a judicatura¹⁴⁰, um conjunto de procedimentos “alternativos aos meios judiciais”¹⁴¹.

Jacob por sua vez considera serem métodos valorizados socialmente uma vez promoverem uma harmonia, principalmente por se tratar de uma seara na qual a adjudicação poderia exacerbar as antipatias emocionais que as partes possuam uma pelas outras.¹⁴²

Tradicionalmente os ADR são tidos somente como mecanismos alternativos ao sistema judiciário estatal¹⁴³, justamente por teoricamente não requererem o envolvimento de

¹⁴⁰ GENN, Hazel. Op. Cit. p. 80.

¹⁴¹ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 17.

¹⁴² JACOB, Sir Jack I. H. Op. Cit. 1987. p. 268.

¹⁴³ Twining elenca na conclusão de seu artigo, no qual analisa alguns doutrinadores clássicos, seis proposições acerca dos sistemas de resolução de disputas que valem ser reproduzidas, vejamos: “a) *Concepts such as 'alternative,' 'dispute,' 'resolution,' 'case' and even 'adjudication' are problematic and need to be used with caution in particular contexts;* b) *In common law countries not only is a tiny proportion of all disputes litigated, but also only a very small percentage of litigated cases is 'resolved' by adjudicative decisions (on questions of fact or law);* c) *In so far as ADR is concerned with designing institutionalised alternatives to litigation or adjudication in order to reduce vexation, expense and delay, it should not be taken for granted that the benefits of such institutions will necessarily outweigh the costs;* d) *Most systems of legal procedure are hybrids in which a great variety of institutions and procedural forms can be accommodated more or less 'comfortably,' because the relationship between systems of government, systems of state authority and procedural systems is more complex than might be supposed. The same probably applies to institutions of dispute resolution;* e) *A total*

qualquer aspecto de um sistema legal, e devido ao fato de sua abordagem para se alcançar um acordo não depender de uma atribuição de razão ao um ou outro sujeito, mas somente na resolução do conflito.¹⁴⁴ Nesse sentido, a inserção de determinado método ao abrigo deste termo ocorreria de forma negativa. O que não for judicatura e jurisdição estatal nos moldes e contornos classicamente construídos poderia ser considerado como ADR.¹⁴⁵

Todavia, a alternativa somente será real a partir do momento em que se pressupor uma livre escolha pelos litigantes, escolha essa que somente será real se todos estes métodos forem funcionalmente equivalentes, do contrário não passará de um argumento meramente retórico, em que pese essencial.¹⁴⁶

Parcela da doutrina entende ainda ser mais correta a denominação “Meios Adequados de Solução de Conflitos”, substituindo então a palavra ‘Alternativos’ por ‘Adequados’¹⁴⁷, até mesmo porque colocar no centro da análise o modelo estatal “*simply turns the world upside down, wheter we look to history or to present socioeconomic behavior. Historically the truly alternative dispute resolution methods are those of State Law*”¹⁴⁸.

process perspective underlines the value of looking at particular decisions and events in the context of those that precede and succeed them in time. So-called 'resolutions,' 'settlements' or 'terminations' are frequently not the end of the story of a particular dispute or case, especially in a situation of continuing relationships; f) The great bulk of the English language literature on dispute resolution has been stimulated by specifically American concerns and perceived problems. The literature of social anthropology provides some powerful warnings about the complexity of social processes and their relationships to specific cultural and historical contexts.” TWINING, William. *Alternative to What – Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglect Classics. In Modern Law Review*. Vol. 56 1993, pp.380-392, pp. 391-392.

¹⁴⁴ Conforme GENN, Hazel. Op. Cit. p. 81.

¹⁴⁵ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 17.

¹⁴⁶ SILVA, Paula Costa e. Op. Cit. p. 36.

¹⁴⁷ Nesse sentido “*ADR has become so diverse in its processes and disputes arenas that professionals are endeavoring to coordinate and make sense of these various efforts [...] as ADR developed and expanded, practitioners began to change how they looked at it, even questioning its name. For some practitioners, the courts are really the alternative dispute settlement process suggesting that ‘ADR’ represents the usual conflict resolution processes. Others have suggested that the ‘A’ in ADR should stand for appropriate since in ADR the parties choose the process, they feel is most appropriate for their needs and interests. Still others say conflict resolution (CR) should replace ADR. Others offer collaborative problem solving (CPR) as the better term*”. BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. Op. Cit. p. 256-257.

¹⁴⁸ MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, nationalization, internationalization*. Oxford University Press. New York. 1992, p. 3-4. Neste mesmo sentido afirma Silva que “pressupor a existência de uma relação entre os diversos meios que se aglomeram sob a expressão ADR desfoca a real relação entre eles existente. Na verdade, se o exercício de direito de acção através de tribunais arbitrais ou de tribunais judiciais consubstancia uma verdadeira relação de alternatividade, o mesmo não se sucede se, de um lado, colocarmos mediação e conciliação e, do outro, exercício do direito de acção através de tribunais, sejam estes judiciais ou arbitrais. Neste caso, a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos

Não obstante, essa antiga denominação traz consigo uma falha pré-concepção de lhes atribuir menor importância e que deve ser por todos combatida. Nesse ponto Mackie vai além ao afirmar que, tendo em vista a elevada taxa de processos que são levados ao tribunal que sequer chegam à fase de julgamento (especialmente na realidade estadunidense) por ter ocorrido uma composição durante o procedimento, não se pode denominar por alternativo o método que acaba sendo a própria regra¹⁴⁹.

Todavia, como vem sendo demonstrado, nos parece mais correto tratarmos como sendo “Métodos Complementares de Solução de Conflitos” ou “Métodos Complementares da Prestação Jurisdicional”¹⁵⁰. Assim, ao menos terminologicamente temos ressaltado o papel de co-protagonismo destes no sentido de complementar a atividade jurisdicional e tornar mais efetivo o arranjo social e a efetividade dos direitos dos jurisdicionados.

Evitar-se-iam desta forma quaisquer julgamentos acerca de enquadramentos sobre eventual adequabilidade ou não, ciente de que esta dependerá do tipo de conflito que exista. Através destes métodos as próprias pessoas envolvidas no conflito podem assumir o protagonismo e buscar uma solução e ir além da atribuição da razão a um ou outro, favorecendo uma exploração dos potenciais ínsitos daquela relação.

Asseveram ainda alguns autores em sede doutrinal que os adjetivos que venham a ser eventualmente utilizados, seja ‘alternativo’, seja ‘complementar’, ainda que sem qualquer escopo mal intencionado, pode concorrer para perpetuar uma leitura errônea dos mecanismos¹⁵¹, motivo pelo qual seria mais correto utilizar um termo neutro que os

adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou de desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais”. SILVA, Paula Costa e. Op. Cit. 2009. p. 35.

¹⁴⁹ MACKIE, Karl J. *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London. Routledge. Sweet & Maxwell. 1991. p. 03.

¹⁵⁰ DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. Op. Cit. p. 07-09. Ainda sobre a noção de mediação com caráter complementar, em que pese considerado apenas seu caráter extrajudicial, afirmam Mähler e Mähler que “*Mediation ist ein freiwilliges, außergerichtliches Konfliktbearbeitungsverfahren, das komplementär neben die installierten Formen der Konfliktaustragung, namentlich das gerichtliche Verfahren, tritt*”. Conforme MÄHLER, Hans Georg; MÄHLER, Gisela. Streitschlichtung - Anwaltssache hier: *Mediation*. In Neue Juristische Wochenschrift. 1997. pp. 1262-1266. Disponível em <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1997%2Fcont%2Fnjw.1997.1262.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-1997-S-1262-N-1#S1262>>. Acesso em 07 de Março de 2019.

¹⁵¹ Ver por todos, CEBOLA, Cátia Sofia Marques. Op. Cit. p. 60. A autora defende o uso do termo “Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos” (MERC).

caracterize e não atribua sentido diverso. Nesse sentido, entende-se, portanto, que o ideal seria denominá-los por “Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos” (MERC).

Para irmos além, podemos ainda recorrer a Cappelletti, segundo o qual entendia se tratar de uma “justiça coexistencial”, igualmente no sentido de não ser uma antagonista à judicatura, motivo pelo qual não entendemos como correto a atribuição de quaisquer adjetivos, vez estes todos estes métodos buscarem de solucionar conflitos, podendo somente serem distinguidos na exata medida de sua natureza autocompositiva ou heterocompositiva.¹⁵²

Se não pudermos tomar como norte do pensamento que o processo judicial possui uma natureza educativa para contribuir para uma ‘harmonia social’ nos moldes do que já propunham os modelos processuais autoritários e soviéticos, inegável é o fato de que ele pode sim contribuir para uma maior autonomia dos envolvidos, desenvolvendo sua consciência e um sentimento de coparticipação para a instauração do conflito, somado à possibilidade de um empoderamento, tornando-os agentes da resolução do próprio conflito através de uma comunicação mais efetiva e uma maior tolerância com o agir do outro.

De tal sorte, a pacificação social pode ser muito mais efetivamente alcançada caso possua ritos específicos e um tratamento adequado dos litígios, utilizando-se de métodos específicos, a fim de que se possa adequá-lo às necessidades das partes e do caso concreto que está *sob judice*.

2.2.1. PRÁTICAS COLABORATIVAS

As Práticas Colaborativas correspondem a um método de resolução de conflitos não adversarial e interdisciplinar, de modo que “focada com exclusividade na construção conjunta dos processos decisórios por meio do diálogo, a prática se pauta no protagonismo e na corresponsabilização das partes”¹⁵³.

Segundo Fürst, “a principal inovação está no fato de que a Prática Colaborativa combina ferramentas da Mediação com a essência da Advocacia”, requerendo e estimulando

¹⁵² Assim entendemos, mas não negamos a denominação e utilização do termo ADR, o qual ganhou prestígio e reconhecimento internacional.

¹⁵³ DENARDI, Eveline Gonçalves; MOURA, Isabel Cristina de; FERNANDES, Mariana Correa. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. *In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, vol. esp., out. 2017, pp. 56-72. p. 61.

nos profissionais toda uma tecnicidade negocial e comunicacional característica da mediação, agregando “[...] a atuação de outros saberes na resolução do conflito desde o início do processo”¹⁵⁴.

A abordagem colaborativa tem início quando a parte procura o advogado colaborativo, o qual estará incumbido de explicar à ela como se opera o processo colaborativo, e, caso decida dar início à este, deverá convidar a contraparte a procurar um outro advogado a fim de que se possa iniciar as reuniões de negociação. Esta comunicação pode ocorrer de forma que a própria parte entra em contato, ou requerendo que o seu advogado proceda com tal comunicação, conferindo um caráter mais formal. Vale ressaltar que o ideal é que ambas as partes estejam representadas por profissionais com formação nestas práticas colaborativas, mas não sendo este o caso, é necessário que pelo menos um deles tenha conhecimento e o outro se disponha utilizar o método respeitando seus propósitos e peculiaridades, observando sempre a boa-fé. Assim sendo, ambas as partes devidamente representadas por profissionais é dado início ao procedimento colaborativo.

Cumprido ressaltar que uma das principais características do método reside no contrato dos advogados com as suas partes. Neste instrumento deverá obrigatoriamente constar uma “Cláusula de Não Litigiosidade e Confidencialidade” ou “*Disqualification Agreement*” (também conhecida como “*Disqualificaion Clause*” ou “*Withdrawal Provision*”) a qual impede que estes representem às partes no caso do ajuizamento posterior de alguma demanda judicial envolvendo as partes e o objeto daquele conflito em específico ao qual é chamado para auxiliar no processo de resolução. Trata-se assim, de um mandato limitado à negociação colaborativa, nada mais.

O caráter de fundamentalidade desta cláusula reside no fato de se criar um “*ambiente protetto e sicuro*”¹⁵⁵ para que fluam as negociações e as partes possam expor suas questões sem a ameaça de que a contraparte planeje coletar provas e esteja utilizando-se deste método para coletar informações para ajuizar uma ação judicial posterior.

Superada a fase de busca pelos profissionais colaborativos e de assinatura dos contratos, a negociação inicia-se, todavia sem a intervenção de um terceiro neutro e

¹⁵⁴ FÜRST, Olívia. *Práticas Colaborativas no Direito de Família*. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/e910af_2dca64edbf734661b761e5f074dcf740.pdf> Acesso em 10 de dezembro de 2018.

¹⁵⁵ DANОВИ, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. Op. Cit. p. 214.

imparcial. As partes e seus advogados serão os responsáveis pela organização das reuniões, os cronogramas a serem estabelecidos e a ordem dos assuntos a serem tratados, o que reforça o caráter negocial do método.

Em que pese ser levado à cabo prioritariamente por advogados, é de se destacar a possibilidade de atuação de equipe multidisciplinar. Assim, a depender do assunto que se esteja negociando, podem ser convocados a participar das reuniões consultores técnicos de diversas áreas do conhecimento, seja do setor financeiro (economista ou contabilista), sejam psicólogos, médicos, engenheiros, etc. os quais se envolverão buscando o melhor para o seu cliente e a melhor forma de se solucionar o conflito que levou as partes à mesa de negociações. Ressalta-se que estes profissionais podem ser contratados por cada parte, buscando resguardar e defender seus interesses em uma discussão mais técnica sobre o tema, à semelhança dos assistentes técnicos, ou ainda, caso haja acordo, somente um profissional para ambas as partes, de forma semelhante à atuação de um perito judicial.

Assim, podem ser levadas a cabo um número indeterminado de reuniões, a depender da evolução das negociações, da disponibilidade e na confiança das partes quanto à forma como está sendo conduzida. Imperioso frisar ainda que as reuniões igualmente não possuem uma ordem, a depender igualmente da necessidade da negociação, podendo ocorrerem reuniões à quatro pessoas (partes e advogados), à dois (somente os advogados), à cinco (partes e seus advogados acompanhados de um consultor técnico financeiro), à seis (partes, advogados, consultor técnico financeiro e um psicólogo), e assim por diante conforme seja necessário.

Justamente por não envolver um terceiro, é mister que, como dito, senão todos, pelo menos os advogados possuam formação nas técnicas de negociação colaborativa, ou ainda de mediação, pois estas auxiliarão sobremaneira durante as conversas de negociação.

Por estes motivos, é fundada nos princípios da boa-fé (em sentido objetivo, sinônimo de retidão e lealdade), transparência e confidencialidade, estes últimos em sentido complementar na medida que impõem uma obrigação de compartilhar quaisquer informações e documentos que possam ser úteis à compreensão e ao processo de tomada de decisões.

2.2.2. A NEGOCIAÇÃO

Em primeiro lugar, e no mais básico e inerente posto, a negociação corresponde à mais tradicional forma de solução de conflitos, através da qual as partes diretamente e sem a necessidade da intervenção de um terceiro (na modalidade não assistida) dialogam e buscam alcançar um denominador comum que atenda aos seus reais interesses, subjacentes às suas posições.

Sobre esta questão destaca-se o trabalho desenvolvido no Programa de Negociação de Harvard, o qual criou um modelo de negociação cooperativa, em detrimento da negociação competitiva, na qual o negociador busca somente ganhar a questão.

No modelo proposto por Fisher e Ury, existem quatro pilares que conduzem esta negociação cooperativa. O primeiro destes são as pessoas, que devem ser separadas dos problemas a fim de se conseguir focar na questão negociável e não nas questões pessoais, partindo de uma compreensão da situação do ponto de vista do outro, já que cada pessoa possuirá a sua verdade sobre os fatos.

O segundo dos pilares do modelo propugna serem os interesses subjacentes, os verdadeiros responsáveis pela definição do problema. Sendo assim, os reais problemas residiriam, portanto, nas necessidades, desejos, preocupações e temores que originam as posições. Logo, “os interesses motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições”¹⁵⁶. A posição é algo que se decide e os interesses são tudo aquilo que fez com que a questão fosse decidida como foi.

Em terceiro lugar, defendem os autores que ao modelo é necessário que um negociador que seja igualmente um gerador de opções, uma pessoa criativa no sentido de enxergar várias possibilidades de se solucionar os conflitos. Uma das maiores virtudes do negociador seria então esta capacidade de alargar a percepção dos envolvidos no direcionamento de um acordo.

Como quarto critério, definiu-se que devem ser estabelecidos critérios objetivos para se avaliar não somente as propostas, como toda a situação conflituosa. A busca pela

¹⁵⁶ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*; trad. Ricardo Vasques Vieira. - Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 57.

eliminação de subjetividades deve ser uma constante para se evitar posturas agressivas ou defensivas das partes¹⁵⁷.

A presença do terceiro, como dito é facultativa, mas caso ocorra sua atuação é no sentido de facilitação do diálogo, com uma amplitude e maleabilidade que não atinge os demais métodos autocompositivos.

2.2.3. A CONCILIAÇÃO

A conciliação por sua vez é o método através do qual um terceiro intervém para auxiliar diretamente as partes na busca pela composição do litígio. Ao mesmo momento em que possui a competência para auxiliar e facilitar o diálogo entre os envolvidos, possui igualmente a especificidade de poder este terceiro realizar propostas de acordo não-vinculantes. Deste modo, participa diretamente do procedimento negocial, investigando apenas os aspectos objetivos¹⁵⁸ e que não envolvam grandes questões relativas ao relacionamento entre os envolvidos.

Em âmbito judicial a conciliação pode dizer respeito ainda, consoante Gouveia, às “diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes”¹⁵⁹.

Comumente os sistemas processuais não possuem qualquer dificuldade em incorporá-lo, por ser o mais livre e simples, podendo haver somente um momento (ou mesmo mais de um) dedicado exclusivamente à esta tentativa, sem prejuízo de poder ocorrer durante qualquer momento do *iter* processual (e arbitral).

Assim como na Mediação, entendemos que não deveria haver a possibilidade de o conciliador ser o juiz da causa, uma vez que seria exercida sobre as partes uma pressão que é inadmissível nestes tipos de métodos, para não falarmos dos problemas de confidencialidade.¹⁶⁰

¹⁵⁷ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 45.

¹⁵⁸ Conforme LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Forense. Rio de Janeiro. 2012. p. 15.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 105.

¹⁶⁰ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 102-103. Neste mesmo sentido SANDER, Frank E. A. A friendly Amendment *In Dispute Resolution Magazine*. Vol. VI, nº. 1. 1999. pp. 14-24 e ALFINI, James J. Risk of Coercion too Great: Judges Should not Mediate Cases Assigned to Them for Trial *In Dispute Resolution*

Como bem pontua Gouveia, o juiz possui interesse direto na obtenção do acordo, uma vez libertá-lo de uma agenda processual, assim por regra quer que as partes transacionem para diminuir-lhe o trabalho de julgar e mesmo inconscientemente pode acabar por exercer essa pressão para o sucesso (não o mérito) da transação¹⁶¹.

Ao contrário da Mediação, como abordaremos no item 2.2.4. *infra*, não existem modelos ou “escolas” de conciliação, sua definição e construção é de tal forma livre que é construída casuisticamente, sendo amparada e reforçada por uma firme calendarização processual e utilização de um ferramental técnico e negocial que reafirma frente aos envolvidos.

2.2.4. MEDIAÇÃO

A Mediação pode ser conceituada como um método autocompositivo, no qual os envolvidos, auxiliados por uma terceira parte (uma ou mais pessoas) neutra ao conflito, denominada por mediador, objetivam alcançar uma composição do conflito através de uma reabertura do canal de comunicação, utilizando um diálogo negocial.

Em linhas gerais, trata-se de uma extensão ao processo de negociação, assistida e facilitada por esta parte que é alheia à situação, se utiliza de várias técnicas e atos procedimentais para habilitar as partes a melhor compreenderem seus reais interesses e a encontrar soluções que os atendam.

No exercício de suas atribuições, cabe ao mediador reorientar as partes em direção uma à outra sem impor regras, mas contribuindo para o alcance de uma percepção compartilhada da relação a fim de redirecionar a atitude das partes à um ambiente de diálogo com regras mais flexíveis e não impostas, de mútuo respeito e compreensão.¹⁶²

A característica primordial que a difere dos demais métodos autocompositivos, reside justamente nessa passividade do terceiro no tocante à eventual solução do conflito. Como vimos, nos métodos heterocompositivos a decisão é imposta, na negociação assistida e na conciliação, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade das partes, a decisão

Magazine. Vol. VI, nº. 1. 1999. pp. 11-14, p. 13. Destaca-se ser neste mesmo sentido a previsão normativa da Diretiva nº 52 de 2008 da Comunidade Europeia.

¹⁶¹ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 105.

¹⁶² Nesse sentido FULLER, Lon L. Mediation – It’s Forms and Functions. *In South California Law Review*. Vol. 44. 1971. pp. 305-339. p. 325-326.

cabe às partes, mas estas podem ser aconselhadas pelo terceiro que lhes auxilia a gerar estas opções e inclusive a avaliá-las com base em suas opiniões pessoais acerca das circunstâncias. Na mediação, ao contrário, o mediador (ou mediadores) não pode(m) realizar tal juízo de valor sobre a proposta, e nem mesmo auxiliar no momento da avaliação destas.

Devemos ressaltar ainda que o objetivo da mediação não é somente o do alcance de um acordo. De acordo com o estilo e a escola de mediação que se obedeça (como veremos no item 2.1.4.1, a seguir) seus objetivos podem ser alterados, em que pese judicialmente notar-se uma convergência no sentido de que se busca ainda o encerramento da lide de uma forma mais pacífica, de modo que a haver uma manutenção da relação entre as partes a fim de que o vínculo subsista pós-conflito.

Segundo Pisani a mediação possui a capacidade de, quando realizada por profissionais bem capacitados, fomentar o diálogo e a efetiva resolução do conflito de interesses e “*anche al di là dell’oggetto specifico della controversia, conflitto di interessi di cui la controversia in atto è solo un aspetto, va favorita al massimo sai prima che nel corso del processo*”¹⁶³. Outra notável característica pontuada pelo autor italiano mencionado, reside no fato deste método evitar o *summum ius summa iniuria*, ou seja, “*la possibilità che l’applicazione della legge [...] possa in concreto in taluni casi tradursi in una sostanziale ingiustizia*”¹⁶⁴ devido ao fato de as leis serem formuladas em caráter genérico e sem os necessários ajustes aos casos especificamente considerados.

2.2.4.1. PRINCÍPIOS

A Mediação é regida pelos seguintes princípios: (i) autonomia da vontade; (ii) independência; (iii) informalidade; (iv) confidencialidade; (v) igualdade (ou isonomia entre as partes) e imparcialidade; (vi) boa-fé; (vii) busca do consenso; (viii) decisão informada.

A autonomia da vontade deve ser compreendida, conforme Hale, Pinho e Xavier sob quatro aspectos distintos. O primeiro diz respeito à livre e voluntária aceitação da mediação, acrescida da possibilidade de encerrá-la a qualquer momento. A segunda aborda a questão da possibilidade de indicação do mediador que conduzirá o processo, ou mesmo a possibilidade de manifestação contrária ao que eventualmente houver sido indicado pelo

¹⁶³ PISANI, Andrea Proto. Appunti su mediazione e conciliazione. In *Revista de Processo*. n° 187. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. p. 232.

¹⁶⁴ PISANI, Andrea Proto. Idem. Ibidem.

tribunal. O terceiro, por sua vez diz respeito à possibilidade de participação espontânea no procedimento, sem a intervenção de qualquer profissional. Por fim, o quarto e último aspecto do princípio da autonomia da vontade dispõe acerca da autodeterminação das partes para aceitar ou não um acordo.¹⁶⁵

No que diz respeito ao princípio da independência, este se põe, por sua vez de duas maneiras distintas, uma primeira relativa ao método, e a segunda relativa à pessoa do mediador. De tal sorte, ao passo que no primeiro o procedimento de mediação deve ser independente de qualquer outro, inclusive para que todos os envolvidos possam se sentir livres em sua atuação, o segundo prevê que o mediador deve ser independente para poder gerir o procedimento da forma que entenda ser a mais produtiva e eficiente para se chegar ao acordo.

O princípio da informalidade se manifesta ainda nessa lógica da independência do mediador, uma vez não existirem regras preestabelecidas para as etapas da mediação. Não se quer dizer que não possam haver limitações temporais para a prática de determinados atos, mas no geral reside na possibilidade de adequar o procedimento às necessidades das partes e em seu desenvolvimento de forma oral.

Uma das principais características, e princípio basilar é a confidencialidade, pela qual todas as informações produzidas no procedimento, sejam das reuniões conjuntas ou privadas não podem ser divulgadas, justamente para se criar uma segurança das partes e assim facilitar a troca de informações, principalmente de assuntos mais delicados da relação entre as partes. As únicas exceções que são veiculadas à esta confidencialidade encontram-se na prática de crimes durante as sessões, e sobre questões técnicas às quais o mediador deva clarificar ao seu superior que controla sua atuação.¹⁶⁶

No tocante à igualdade, também abordada como isonomia entre as partes, o raciocínio a ser feito é o mesmo daquele do processo civil tradicionalmente concebido. Não apenas formalmente, mas materialmente devem as partes serem tratadas, não podendo ser conferida à qualquer das partes, tratamento diferenciado que a conceda oportunidades

¹⁶⁵ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; XAVIER, Trícia Navarro. *O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à Lei 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo. Atlas. 2016. p. 61.

¹⁶⁶ Usualmente esse controle se dá em termos genéricos sobre técnicas que tenham sido aplicadas diante de determinadas circunstâncias e as informações necessárias para controle estatístico dos centros de mediação.

diferenciadas e melhores condições de manifestação, escuta, e avaliação de possibilidades de acordo.

Igualmente conexa à este tratamento isonômico está o princípio da imparcialidade do mediador, segundo o qual o profissional que facilitará o diálogo e a negociação entre as partes deve agir sem conferir qualquer benefício ou favoritismo a qualquer das partes, e agir de forma que suas preferências pessoais não sejam manifestadas durante as sessões de mediação. Justamente devido às dificuldades relativas à consecução de tal status, a doutrina sobre o tema chega a considerar mais correto o termo ‘multiparcialidade’, no sentido de ao mesmo tempo em que enxerga determinada situação, opinião e comportamento que possa entender como mais adequada segundo seus ideais, não deixa de reconhecer e validar o comportamento da contraparte, e passa a agir de forma tal que não afete a relação entre estas.

A boa-fé como princípio da mediação se apresenta como um padrão jurídico de atuação segundo os parâmetros da honestidade, lealdade e probidade. Trata-se de um imperativo ético segundo o qual os profissionais envolvidos (e igualmente as partes) devem agir de forma colaborativa e honesta, e não para postergar uma solução ou colher informações para uma futura demanda judicial.

A busca pelo consenso, por sua vez, é a essência da mediação (e seu maior desafio). Segundo este, a todo momento as decisões a serem tomadas devem ser guiadas por este ideal de se solucionar a demanda através de uma transação. Todas as atitudes e comportamentos devem, por assim dizer, serem resposta à “qual o melhor caminho para que se chegue a um acordo de vontades?”.

Por fim, o princípio da decisão informada prevê que as partes que estejam em mediação devem ser plenamente informadas (por seus advogados) quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridos, de forma a poderem compreender todas as implicações de suas escolhas durante o procedimento e, principalmente, no momento de se redigir o acordo final.

2.2.4.2. MODELOS/ESCOLAS DE MEDIAÇÃO

Em que pese haver uma teoria geral no que diz respeito ao instituto da mediação, abordada no item anterior, esta não se trata de um modelo fechado, havendo diversos estudiosos que a partir da compreensão e de uma visão global do mecanismo, enxergam nele

potencialidades diversas, e para tanto, concebem todo um arcabouço técnico e procedimental servindo-se do conceito genericamente concebido e da teoria geral da mediação.

Todas possuem, portanto uma origem comum, mas possuem variações na abordagem e na forma de enxergar como deve ser tratado o vínculo existente, adequando-se conforme o âmbito de aplicação.

2.2.4.2.1. MEDIAÇÃO HUMANÍSTICA

O modelo da mediação humanística possui a particularidade de aproximar a mediação de uma “tragédia grega”, tendo em vista esta representar o conflito e o confronto das pessoas com suas ações, criando dois momentos de ordem, uma ordem antiga, e uma ordem nova.¹⁶⁷ Para Morineau¹⁶⁸, se inscreve na necessidade fundamental do indivíduo de reconhecer, através do conflito, a luta que combate não somente com o outro, mas consigo, e o confronto destas com as vicissitudes da vida.

Consoante Menichino, “*come nella tragedia in mediazione c’è un processo con varie fasi: una iniziale, la crisi e la catarsi*”¹⁶⁹, e para tanto o mediador em sua atividade busca acolher as emoções das partes para poder em um momento posterior refleti-las, sendo fundamental para tanto o desenvolvimento de uma escuta ativa e do silêncio para potencializar sua atividade quando da aplicação da técnica do “espelho” e da recontextualização.¹⁷⁰

Uma peculiaridade, devido à toda a carga emocional que desencadeia, é a sua realização preferencialmente na presença de três mediadores, seja para as partes se sentirem devidamente acolhidas, seja para um profissional poder ajudar o outro de forma com que nenhum destes se sobrecarregue.

¹⁶⁷ MENICHINO, Cristina. La mediazione umanistica In. DANОВI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018, p. 115.

¹⁶⁸ MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Franco Angeli. Milano. 1998. p. 26.

¹⁶⁹ MENICHINO, Cristina. Op. Cit.. p. 115

¹⁷⁰ Através das técnicas do ‘espelho’ e da recontextualização, o mediador busca com que as partes sejam capazes de perceber a situação que estão enfrentando de um ponto de vista externo, como se suas angústias, preocupações e anseios estivessem representados em outras pessoas, utilizando de uma linguagem neutra.

Atenta à complexidade da formação exigida aos profissionais, a qual extrapola, e muito, as ciências jurídicas, parte da doutrina sobre o tema chega a propor serem os profissionais responsáveis pelo procedimento, verdadeiros “artesãos da paz”¹⁷¹.

2.2.4.2.2. MEDIAÇÃO NARRATIVA

No âmbito da mediação narrativa (e mesmo circular narrativa) entende-se que a declaração e as afirmações das partes produzem efeitos na outra parte, que acerca destes irá reagir em um ciclo de constante interferência.

Um de seus pressupostos é o de que cada uma das partes criou, sobre a mesma situação, narrativas diferentes, com base em seus ideais, experiências pretéritas e interpretação da situação, criando um estado de ordem. De tal modo, a função do mediador é a de compreender ambas as narrativas e auxiliar as partes, através da introdução de um caos no estado de ordem, levando-as à uma reflexão sobre a origem do conflito para se disporem então a construir uma nova narrativa que lhes seja comum e reestabeleça ao final, um estado não-conflitual.

Winslade e Monk identificam normalmente três etapas que o processo de mediação narrativa deve obedecer, uma primeira de engajamento das partes, na qual se busca conquistar as artes e despertar a confiança pelo procedimento e pelos profissionais, uma segunda de desconstrução das narrativas que levaram à mediação, e uma terceira, de fundamental importância, de reconstrução das narrativas, da construção de uma nova narrativa, de forma conjunta, e que ambas as partes se sintam através dela contempladas.¹⁷²

É, portanto, através destes movimentos de construção e desconstrução, de alternância entre discurso dominante e discurso alternativo que uma nova narrativa é criada durante todo o procedimento, para ao final, se tentar chegar ao acordo.

2.2.4.2.3. MEDIAÇÃO FACILITATIVA HARVARDIANA (“PROBLEM SOLVING”)

Mais difundida e utilizada, a mediação facilitativa possui a especificidade de prever que ao mediador cabe auxiliar as partes a pesquisarem e compreenderem reciprocamente os

¹⁷¹ Conforme MORINEAU, Jacqueline. Op. Cit. p. 26.

¹⁷² Conforme MONK, Gerald; WINSLADE, John. *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*. Jossey Bass Publishers. San Francisco. 2000.

seus interesses, e igualmente na criação de opções que solucionem o litígio satisfazendo o máximo possível o interesse de ambas as partes.

Este modelo foi articulado a partir dos estudos do *Harvard Negotiation Project* da Universidade de Harvard, coordenado pelos professores Roger Fisher e William Ury, consubstanciado na célebre publicação “*Getting to Yes: Negotiating an agreement without giving in*”¹⁷³, e prevê uma negociação cooperativa entre as partes, facilitada por um terceiro imparcial, cujo objetivo é o alcance e satisfação dos interesses subjacentes às posições e as necessidades de cada uma das partes, na esperança de se chegar a um resultado melhor do que o inicialmente pensado e possível sem a utilização do método.

Justamente devido ao fato de ser focada no resultado, por desde o início almejar um acordo, à todo o momento as partes são estimuladas a formular alternativas através de um ‘*brainstorming*’ e a conhecer suas alternativas. Assim o fazem analisando sua “*Best Alternative to a Negotiated Agreement*” (BATNA) e sua “*Worst Alternative to a Negotiated Agreement*” (WATNA)¹⁷⁴, sendo no confronto destas que cada parte é convidada a analisar o quão vantajosa é determinada proposta em detrimento de outra.

Neste modelo tenta-se eliminar as emoções da mesa de negociações por entenderem prejudiciais à clara compreensão dos interesses. Nesse diapasão, a função do mediador é a de criar um canal de comunicação entre as partes, devendo ser um negociador, um comunicador, gestor de conflitos e do procedimento e um ‘amigo’¹⁷⁵. Como ilustra Dotti “*se immaginiamo il conflitto come un muro che divide le parti, o come un burrone che le tiene distante, il ruolo del mediatore è di abbattere il muro, o di costruire un ponte sul quale le parti possano incontrarsi*”¹⁷⁶.

¹⁷³ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Penguin Books. 2011 Há tradução para o português, FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*; trad. Ricardo Vasques Vieira. - Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

¹⁷⁴ Em português são conhecidas como Melhor Alternativa Negociada (MAN) e Pior Alternativa Negociada (PAN). Sobre essas e outras técnicas aplicáveis à mediação ver ALMEIDA, Tânia. *Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos*. / Tania Almeida. Apresentações de André Gomma de Azevedo, Fátima Nancy Andrighi, Ada Pellegrini Grinover, Juan Carlos Vezzula, Samantha Pelajo, Joyce Rososchansky Markovits, Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari. -São Paulo: 2014. pp. 118.

¹⁷⁵ No sentido de conquistar a confiança das partes, acolhê-las, fazer com que se sintam ouvidas por uma pessoa que não realizará um juízo de valores sobre seus atos. Ao mesmo tempo em que deve ser imparcial, deve ser empático, inclusivo e amigável para com os mediados.

¹⁷⁶ DOTTI, Mario. Le dinamiche della mediazione facilitativa problem solving In DANOVÌ, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018. p. 151.

2.2.4.2.4. MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA

O Modelo transformativo foi pioneiramente desenvolvido por Bush e Folger¹⁷⁷ e, de forma crítica a constante busca pelo acordo do modelo harvardiano, os autores propõem que a mediação deve primar pela valorização do relacionamento entre as partes. O importante torna-se a possibilidade de autoconhecimento e reconhecimento do outro, não necessariamente um resultado, um acordo ao final.

Assim, torna-se uma teoria mais ligada à psicologia, à uma teoria da comunicação, da filosofia, que busca o empoderamento (*empowerment*) e o reconhecimento do outro (*recognition*), entendendo os conflitos como produto de uma crise nas relações humanas, os quais alienam as pessoas dos seus sentidos, de suas forças, minando a forma como estas se relacionam como seres humanos¹⁷⁸.

Diante deste cenário, a teoria transformativa entende (e é teorizado) para que as partes sejam a força-motriz e a consciência que encontrará e decidirá qual a melhor solução ao conflito, a fim, deste modo, gerar uma forma de compreensão empática do outro (sua posição e seus interesses).¹⁷⁹

A atuação do mediador é, portanto, a de auxiliar as partes a gerir a própria relação conflitual, e modificar seu potencial destrutivo para construtivo através de uma comunicação baseada na recíproca compreensão, no respeito e reconhecimento, sendo o acordo “[...] *la conseguenza di um miglioramento della relazione interpersonale*”¹⁸⁰. Consoante Gabbay “o acordo não é único bom resultado possível. Esta é uma escolha que as partes podem ou não fazer”¹⁸¹, mas que é a consequência natural de uma melhora de relacionamento.

¹⁷⁷ Ver BUSH, Robert A. Barusch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict*. Jossey-Bass. San Francisco. 2005.

¹⁷⁸ BUSH, Robert A. Barusch; FOLGER, Joseph P. Op. Cit. p. 46.

¹⁷⁹ DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. Op. Cit. p. 113.

¹⁸⁰ Idem. Ibidem. p. 114.

¹⁸¹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade de São Paulo - USP. São Paulo. 2011. p. 58

3. A MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA A PARTIR DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Diante do cenário já exposto, é imperioso frisarmos que existe, portanto, um problema na forma através da qual a mediação é internalizada no ordenamento jurídico dos países, de forma que a ausência de uniformidade provoca dúvidas acerca de qual seria a mais correta e eficiente, e qual respeitaria os pressupostos básicos que são a base do método. Cada país a enxerga de forma diferente, idealiza problemas existentes e buscam diferentes soluções, como veremos neste capítulo.

Tendo em vista a necessidade de ajustar a regulamentação da utilização da mediação às especificidades do rito processual de seu país, podemos observar que são duas as formas mais comuns através das quais o recurso à mediação ocorre. A primeira dela é extraprocessual, como ocorre na Itália e Portugal, e a segunda é a endoprocessual, como no Brasil, onde a mediação ocorre no âmbito do início de um processo judicial.

Não obstante tal fato, uma não é excludente à outra, podendo haver mediação no modelo endoprocessual de forma paralela à experiência judicial, e nos modelos extraprocessuais uma remessa ao setor de mediação dos tribunais durante o trâmite processual, o que ressaltamos é o caráter ordinário do regulamento, não as possibilidades excepcionais.

Segundo Pinho e Santanna o uso nos ordenamentos europeus, ao contrário da experiência norte-americana “não teve como mote a mudança de comportamento social”, mas sim resolver uma situação de “crise na prestação jurisdicional”¹⁸². Curiosamente o mesmo pode-se observar ter ocorrido em solo tupiniquim.

Assim, a primeira investida do Parlamento Europeu no sentido de trazer para a pauta de debates a utilização e necessidade de regulamentação dos ADR se deu através da Diretiva nº. 52/2008, e posteriormente, mantida certa resistência das comunidades nacionais, com a Resolução nº. 13/2011, considerando, dentre outros fatores, que “garantir o melhor acesso à

¹⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Considerações sobre a Mediação no Direito Italiano*. Disponível em: <https://www.academia.edu/19710949/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_A_MEDIA%C3%87%C3%83O_NO_DIREITO_ITALIANO> Acesso em 03 de abril de 2019. pp. 1 e 3.

justiça é um dos objectivos fundamentais da política da União [...] que o conceito de acesso à justiça deve, neste contexto, incluir o acesso a procedimentos adequados de resolução de litígios para as pessoas e as empresas”¹⁸³.

Ocorre, todavia, que as investidas nacionais sobre o tema não vêm de hoje, e, diante do fato de o Parlamento Europeu ter deixado essa possibilidade a cargo dos países, soluções diversas são encontrados para a questão, e o Brasil, observando de fora, podendo valer-se de tal experiência, criou ainda para si, um modelo completamente distinto.

Em realidade tratam-se de problemas antigos que os três países analisados enfrentam e até o presente momento, em que pese a existência da legislação sobre o tema, não se chegou à uma conclusão definitiva de qual seriam as soluções mais adequadas, de como regulamentar definitivamente estes métodos, de como deve se dar a relação Judiciário-ADR.

3.1. OBRIGATORIEDADE OU VOLUNTARIEDADE? O HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES

De grande envergadura doutrinária, a questão da opção pela obrigatoriedade ou voluntariedade de se recorrer à Mediação sempre é discutida devido à sua necessária compatibilização com os textos constitucionais e direitos fundamentais.

Em nosso entender, como já manifestamos, a intenção da obrigatoriedade não é obstaculizar o acesso dos cidadãos aos tribunais, mas sim o de aproximá-los deste. A visão de uma eventual inconstitucionalidade seria resultante de uma visão formal da situação, mas não de uma visão finalística das normas em questão.¹⁸⁴ Assim, o ponto a ser realmente debatido seria, portanto, o momento em que tal obrigatoriedade deva ser atendida, se pré-processualmente ou como uma etapa inserida no trâmite processual.

Na Itália, a discussão - ainda existente - acerca da imposição de um método que não o judicial para a solução de conflitos vem, ao contrário de Portugal e do Brasil, de muito tempo, e diante de tais imposições, gerou - e ainda gera - uma grande discussão à nível da constitucionalidade de tal ponto.

¹⁸³ PARLAMENTO EUROPEU. Resolução n°. 13 de 13 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+PDF+V0//PT>> Acesso em 04 de abril de 2019.

¹⁸⁴ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 69.

A discussão iniciou-se com o art. 25 item 1 do Reg. Dec. nº. 1.127/1939, o qual previa a arbitragem como método exclusivo de se solucionar controvérsias decorrentes de questionamentos de invenções industriais, o qual foi declarado inconstitucional pela *Corte Costituzionale* na sentença nº. 127 proferida em 14 de julho de 1977 “*nella parte in cui non riconosce la facoltà dell'inventore e del datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria ordinária*”¹⁸⁵ para solucionar os conflitos decorrentes e à estes direitos relacionados.

Consoante Pinho e Santanna, “o objeto da ação tratava-se da opção, pelo legislador, de um único instrumento de solução de lide, e não de uma previsão de condição de admissibilidade de ação”¹⁸⁶. A discussão à época, portanto, girava em torno do fato de ter sido excluída qualquer possibilidade de recurso posterior, à via judicial, e portanto teve sua aplicabilidade excluída do ordenamento jurídico.

No início da década de 90 através da Legge nº. 108 de 11 de maio de 1990, o legislador italiano mudou sua abordagem e dispôs no art. 5º uma tentativa obrigatória de conciliação, agora já como condição de admissibilidade da ação.¹⁸⁷ Levantada a discussão acerca da constitucionalidade da previsão normativa, em sentença nº. 82 de 4 de março de 1992 a *Corte Costituzionale* estabeleceu o entendimento de que sua jurisprudência “è costante nell'affermare che il rigore con cui è tutelato il diritto di azione, secondo la previsione dell'art. 24 della Costituzione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento”.

De tal sorte, o direito de ação poderia, consoante entendimento da corte, ser postergado temporalmente por lei, de forma a se “*evitare abusi od eccessi, o salvaguardare interessi generali*”¹⁸⁸, oferecendo maior celeridade e menor dispêndios financeiros ao

¹⁸⁵ CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza nº. 127 de 14 de julho de 1977. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1977/0127s-77.html>> Acesso em 04 de abril de 2019

¹⁸⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Loc. Cit.

¹⁸⁷ Consoante a mencionada Lei “[...] 1. La domanda in giudizio di cui all'articolo 2 della presente legge non puo' essere proposta se non e' preceduta dalla richiesta di conciliazione avanzata secondo le procedure previste dai contratti e accordi collettivi di lavoro, ovvero dagli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile. 2. L'improcedibilita' della domanda e' rilevabile anche d'ufficio nella prima udienza di discussione”. ITÁLIA. Legge nº. 108 de 11 de maio de 1990. Disponível em < <http://www.isfol.it/sistema-documentale/banche-dati/normative/2012/normative-statali/legge-11-maggio-1990-n.-108/Legge11maggio1990n.108.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2019.

¹⁸⁸ CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza nº. 82 de 4 de março de 1992. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0082s-92.html>> Acesso em 04 de abril de 2019.

Estado, assegurando igualmente uma maior e mais imediata satisfação dos direitos dos jurisdicionados.

No início do segundo milênio a Corte Costituzionale foi novamente chamada a se manifestar acerca da constitucionalidade de previsões normativas sobre a matéria. Agora o objeto de análise eram os arts. 410, 410bis e 412bis do *Codice di Procedura Civile*, acerca da tentativa, procedimento e requerimento da conciliação obrigatória.

Na sentença n.º. 276 de 13 de julho de 2000 a Corte entendeu infundado o questionamento de constitucionalidade principalmente sob o argumento de que essa tentativa obrigatória estaria estruturalmente ligada à um processo baseado no contraditório, de modo que “[...] *la logica che impone alle parti di ‘incontrarsi’ in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi fin dall’inizio in contraddittorio fra le parti*”¹⁸⁹.

Posteriormente, agora já após a Diretiva n.º. 58 de 2010 da Comunidade Europeia, ao abrigo do art. 5º Decreto-Lei n.º. 28 de 04 de Março de 2010, a utilização da mediação tornou-se obrigatória para todos os litígios que versassem sobre as seguintes matérias de direito condominial, direitos reais, divisão, sucessões, pactos familiares, locação, comodato, aluguel de empresas, ressarcimento de danos originários da circulação de veículos e barcos, responsabilidade médica e difamação através da imprensa ou outro meio, contratos de seguros, contratos bancários e, contratos financeiros.

Consoante Silvestri, a estratégia do legislador italiano ao incorporar o caráter mandatório, nessa altura, para determinados tipos de ações – utilizando-se de critérios obscuros e em que pese a orientação europeia ter sido de tal adoção dever ocorrer de forma voluntária – foi claramente com a esperança de reduzir a duração dos procedimentos, os quais estão notoriamente inflados¹⁹⁰ (e inclusive já haviam sido motivos para a condenação

¹⁸⁹CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n.º. 276 de 13 de julho de 2000. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0276s-00.html>> Acesso em 04 de abril de 2019.

¹⁹⁰SILVESTRI, Elisabetta. Too Much of a Good Thing: Alternative Dispute Resolution in Italy *In Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*. 2017. Vol. 4. pp. 77-90. p. 79. Ainda neste sentido, Taruffo, Ferri e Comoglio afirmam que “*evidentemente il legislatore si augura che in questo modo molte controversie vengano risolte con un accordo conciliativo tra le parti, evitandosi così il ricorso alla tutela giurisdizionale con effetti deflattivi che si auspicano rilevanti sull’amministrazione ordinaria della giustizia civile*”. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 107.

do Estado Italiano perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em 1987¹⁹¹ por violação à duração razoável do processo).

Dois anos mais tarde, em 2012, a Corte Constitucional italiana declarou a “*illegittimità costituzionale*” do citado artigo através da sentença nº. 272 de 06 de dezembro¹⁹², por violação aos artigos 76 e 77 da Constituição Italiana entendendo que a obrigatoriedade da mediação não poderia estar regulamentada através de um decreto legislativo, o qual possui o prazo de 60 dias para ser convertido em lei conforme texto constitucional, na ausência de indicação neste sentido pela da Lei nº. 69/2009, em seu art. 60¹⁹³.

Portanto, pela segunda vez a Corte italiana decidiu de forma a afastar o recurso à mediação, não devido ao método em si e ao seu caráter de obrigatoriedade, mas devido à forma como era regulado.

Não desistindo, pois, da implementação da mediação obrigatória, o legislador *azzurro* então reintroduziu o Decreto-Legislativo nº. 28 de 2010 através do decreto Legge nº. 69 de 18 de junho de 2013 (*decreto del fare*), convertido posteriormente na Legge nº. 98/2013, a obrigação da mediação em um período de testes, no qual pelo período de quatro anos a contar da entrada em vigor da Legge nº. 98/2013, a mediação como condição da ação

¹⁹¹ Entendeu-se na decisão que a Itália estaria violando o art. 6º da Convenção Europeia, a qual eleva a duração razoável do processo a nível de direito fundamental do cidadão europeu. Foi através do ajuizamento de milhares de recursos neste sentido que foi instituída a Lei Pinto em 2001, a fim de se criarem mais barreiras para o acesso às Cortes e considerando que em 1999 o art. 111 da *Costituzione Italiana* passou a considerar o processo justo como princípio constitucional. Ver. SCHENK, Leonardo. Breve histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *In* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, vol. 2, 2008. A Lei Pinto recebeu severas críticas devido ao fato de ter como principal objetivo o de evitar uma exposição do país a nível internacional, evitando-se assim, mais condenações. Em consulta ao sítio da Corte Europeia de Direitos Humanos, podemos verificar os dados numéricos referentes a tal fato, e observar ainda que as condenações ao Estado italiano ainda ocorrem. No ano de 2018, de 14 julgamentos verificou-se a violação de direitos da Convenção Europeia em 11 destes. Ver CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. <https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

¹⁹² ITALIA. Sentenza nº 272 de 06 de dezembro de 2012. Corte Costituzionale Italiana. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#>> Acesso em: 03 de abril de 2019. Ressalta-se que esta não foi a primeira vez que a Corte se manifestou acerca da obrigatoriedade de um mecanismo de solução de disputas substitutivo à judicatura estatal.

¹⁹³ Através da Lei nº. 69/2009 o governo italiano convocou o legislador, para, no prazo de seis meses da sua entrada em vigor, regulamentar a mediação e a conciliação em âmbito civil e comercial, muito devido à influência da resolução da Diretiva Europeia nº. 52 de maio daquele ano. ITÁLIA. Legge nº. 69 de 18 de junho de 2008.

seria analisada¹⁹⁴, momento no qual Ministério da Justiça iria monitorar as consequências e a viabilidade de tornar definitiva a regulamentação.

Em 2017, através do Decreto Lei nº. 50/2017, posteriormente convertido na Legge 96/2017. A disposição transitória e temporária foi tornada definitiva, obedecendo assim, todo o processo legal para se evitar que novamente a discussão sobre a constitucionalidade da mediação, ou a forma através da qual esta estivesse positivada, novamente obstaculizasse sua definitividade normativa.

Em que pese não ser uma posição uníssona, devemos pontuar o entendimento na esteira de Lupoi, o qual afirmou que o caráter mandatório não pode ser considerado inconstitucional no que diz respeito ao atraso que causa para o início da ação judicial litigiosa, o que a própria Corte Constitucional italiana já manifestou conformidade.¹⁹⁵

Optou-se na Itália, portanto, pela regulamentação através da qual o recurso à Mediação se tratasse de uma “*condizione di procedibilità*”. Assim, não somente ocorreria previamente ao processo judiciário, como a utilização deste último requereria a superação da tentativa de autocomposição. Caso não houvesse a sua realização, caberia ao réu em sede de contestação, levantar uma exceção de improcedibilidade, sob pena de decadência¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Conforme art. 84.1.b da Legge 98/2013 “*L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione*”.

¹⁹⁵ Como aduz Lupoi “*this mandatory attempt to mediate, however, is not unconstitutional as concerns the delay it causes to the start of the action in court, since mediation proceedings may not last longer than 4 months and such time-limit is likely to be considered by the Constitutional Court as not excessive. The real problems lies with the costs of this preliminar Mediation, which may be rather high when the value of the case is not small and when the parties to the dispute are many. It is submitted that the Constitutional Court might find this economic implication in violation of some constitutional fundamental rights, such as the right of access to justice and the principle of equality.*” LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in Italian Civil Procedural Law. In *Rivista Judicium*. 2011. Disponível em <<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/207/Lupoi%20III.pdf>> Acesso em 05 de abril de 2019.

¹⁹⁶ “*Articolo 167 - Comparsa di risposta: Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall’attore a fondamento della domanda, indicare (le proprie generalità e il codice fiscale) i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio. Se e’ omesso o risulta assolutamente incerto l’oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione. Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvede ai sensi dell’articolo.*” ITÁLIA. Regio Decreto di 28 ottobre 1940, nº. 1443 - *Codice di Procedura Civile*.

Interessante pontuar que os juristas italianos Mandrioli e Carrata¹⁹⁷ ao abordarem o tema das condições de procedibilidade, dividem-nas em dois grupos, o dos pressupostos processuais (tidos como requisitos intrínsecos), e o das condições da ação (requisitos extrínsecos).

Sobre os primeiros, afirmam tratar-se de requisitos que devem existir antes do momento da propositura da demanda, a fim de que sua sucessiva proposição possa dar ensejo à um processo idôneo e se alcançar uma decisão que adentre o mérito, uma vez destes descenderem diversas consequências.

Todavia, para analisar tais implicações, os autores subclassificam os pressupostos processuais em dois subconjuntos, tendo como parâmetro justamente as *retro* mencionadas consequências, a saber, pressupostos de existência, os quais devem existir antes da propositura da demanda para que possa ser considerada um processo (nos quais insere-se a competência do juízo, capacidade das partes e objeto lícito), e os pressupostos de validade ou funcionamento, assim compreendidos como aqueles que tornam possível o desenvolvimento processual para se atingir uma pronúncia sobre o mérito da decisão.

Por sua vez, os segundo grupo, o das condições da ação, em que pesem auxiliarem na obtenção de uma decisão meritória, sua existência não é requerida no momento da propositura da demanda. Segundo Greco, delas não resultaria um julgamento de mérito, tendo em vista não haver um pronunciamento conclusivo sobre a existência do direito material, mas em contrapartida, apenas a constatação de uma viabilidade, da admissibilidade e possibilidade de tal julgamento,¹⁹⁸ pois correspondem a um filtro mínimo pelo qual devem passar os postulantes da tutela jurisdicional.¹⁹⁹ Aqui se incluiria a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade para tanto.

¹⁹⁷ MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. Op. Cit. p. 32.

¹⁹⁸ GRECO, Leonardo. *Teoria da Ação no Processo Civil*. Dialética. São Paulo. 2003. p. 19. Ainda segundo o autor “[...] a necessidade das condições da ação resulta, destarte, das garantias fundamentais do Estado de Direito, que se impõe o dever de assegurar a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Essa eficácia estará completamente comprometida se o titular do direito puder ser molestado, sem qualquer limite, no seu pleno gozo, por ações temerárias ou manifestamente infundadas contra ele propostas. Essa necessidade transparece com mais vigor, se se considera que na sociedade moderna existem relações de força, e que a litigiosidade de muitos direitos e a sua perpetuação, decorrente da morosidade da justiça, certamente favorecem aqueles sujeitos de direito que têm mais condições de suportá-las, impondo aos mais fracos a subordinação à sua vontade ou a aceitação de acordos iníquos, sob pena de nunca gozarem em plenitude desses direitos”. GRECO, Leonardo. Idem. p. 21.

¹⁹⁹ Conforme GRECO, Leonardo. Idem. p. 28.

A possibilidade jurídica está representada na existência de uma norma que contemple abstratamente o direito (prevalentemente teórica). Ressalta-se que não é amplamente considerada pela doutrina como uma condição independente, havendo quem a inclua como um elemento do interesse de agir²⁰⁰.

Por sua vez, o interesse de agir, tido como a demonstração da necessidade e indispensabilidade da tutela jurisdicional para proteger o direito objetivo dos fatos lesivos à este²⁰¹. Ao tratar do tema em sua teoria da ação, Liebman o considera como um “interesse secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário”²⁰², oriunda de uma necessidade de se obter através do processo proteção ao direito substancial, necessitando para tanto, de um provimento judicial. Decorrente do entendimento dos autores tupiniquins, restaria consubstanciado o interesse de agir e a premente necessidade da tutela jurisdicional, ademais, quando comprovado o esgotamento de todas as vias administrativas e alternativas.

Como última condição da ação, a legitimidade consiste no fato de o direito envolvido e violado poder ser defendido (em nome próprio ou alheio), por aquele sujeito processual, havendo assim um duplice aspecto: ativo, no tocante ao autor da demanda que alega ter seu direito objetivo violado²⁰³; e passivo, no que diz respeito ao suposto violador de tal direito, o réu da ação proposta.

No tocante ao tema dos ADR, os autores italianos são claros ao incluí-los dentro do primeiro grupo exposto, o dos pressupostos de procedibilidade, e sobre estas “*vanno ricondotti tutti quei diversi requisiti dai quali la legge fa dipendere, con disposizioni specifiche, la proponibilità della domanda; come ad es., l’espletamento preventivo del*

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 156.

²⁰¹ Consoante Monteleone “il cosiddetto interesse processuale, infatti, consisterebbe nella utilità concreta del processo, e del provvedimento in esso richiesto, per soddisfare il diritto sostanziale e rimuoverne la lesione. Senonché quello così descritto è in realtà l’interesse schiettamente sostanziale, tanto che viene identificato secondo un parametro di efficacia della tutela giurisdizionale rispetto al diritto soggettivo, dedotto in giudizio: segno evidente e infallibile tra i due poli dell’azione, il diritto sostanziale ed il provvedimento richiesto al giudice, vi è un legame immediato e diretto che non da spazio ad un ulteriore elemento, quale il fantomatico interesse processuale”. MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. I. CEDAM/Wolters Kluwer. Vicenza. 2015. p.182-183.

²⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 155.

²⁰³ Não se olvida aqui a possibilidade de aquele que está em juízo por estar ocupando tal posição decorrente de uma legitimação extraordinária ou substituição processual, através da qual poderia estar em juízo para defender interesse alheio.

tentativo obbligatorio di conciliazione o della procedura di mediazione o di negoziazione assistita, ove previsto.”²⁰⁴

Em Portugal a Mediação bem como a utilização de outros ADR encontra abrigo constitucional desde a Lei n.º. 01 de 08 de julho de 1989 a qual fez constar no art. 202/4 a possibilidade de se institucionalizar formas de composição não-jurisdicional de conflitos, já sob a influência de políticas europeias neste sentido.

Anos mais tarde, em 1997 foi criado um Gabinete de Mediação Familiar após o esforço conjunto entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça português visando “*assure la confidentialité, le caractère volontaire de la médiation et la flexibilité et la célérité de la procédure [...], ainsi que la recherche d’une meilleure relation entre les parties (em litige) à l’avenir*”²⁰⁵. Posteriormente houveram ainda iniciativas nas searas trabalhista (2006), familiar (2007) e criminal (2008).

Não obstante foram criados pela Lei n.º. 78/2001 (Lei dos Julgados de Paz – LJP), os “Julgados de Paz”, os quais almejam estimular a justa composição entre as partes, em processos declarativos (art. 6º) cujo valor não ultrapasse os 15.000€, sendo ainda orientados pelos princípios da simplicidade, adequação, oralidade, informalidade e economia processual (art. 2º), à semelhança da legislação brasileira de 1995 (Lei n.º. 9.099/95), que guiada pelos mesmos princípios e objetivos, criou os Juizados Especiais Cíveis.²⁰⁶

Parte da doutrina considera que foram criados consoante o modelo dos *Multidoor Courthouses* de forma tal que passaria o judiciário português a dispor de um centro de

²⁰⁴ MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. Op. Cit. p. 31.

²⁰⁵ Consoante CAPELO, Maria José. La Médiation, une Autre Voie de Justice au Portugal? In ESPLUGUES, Carlos; MARQUIS, Louis. *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives*. Springer. Londres. 2015. pp. 547-556. p. 548.

²⁰⁶ Devemos ressaltar todavia, em que pese semelhantes, o regime brasileiro e lusitano possuem significativas diferenças. Ao passo que no Brasil a escolha do autor pela Justiça Especial vincula o réu a ali permanecer até o julgamento final, em sede dos Julgados de Paz o processo somente prossegue caso ambas as partes assim entendam, em que pese sobre o tema haverem fortes divergências na doutrina, inclusive no sentido de entender ser obrigatória a participação do réu e recair a faculdade de escolha somente ao autor. Ademais, ao passo que no tribunal brasileiro ainda observamos prioritariamente a utilização da conciliação, nos Julgados de Paz a mediação é mais fortemente desenvolvida. Sobre a divergência doutrinária existente e as características do Julgados de Paz portugueses, ver GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. pp. 317-336; SOUSA, Miguel Teixeira de. A Competência dos Julgados de Paz: A Alternativa Consensual. Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º. 11/2007 de 24/05/2007. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º. 22 (abril-junho). 2008. pp. 43-58. p. 58.

resolução de litígios que ofereceria, em um mesmo lugar diferentes formas de justiça, passando por uma triagem inicial, e havendo uma verdadeira alternatividade entre estes.²⁰⁷

Em seu art. 16 (alterada pela Lei nº. 54/2013), a LJP prevê um serviço de mediação, com caráter preliminar para os processos que sejam de sua competência, e ainda, conforme item 3, prevê a possibilidade de mediar quaisquer outros litígios, ainda que não estejam sob sua alçada direta, conferindo assim, uma ampla possibilidade de aplicação do método, utilizando-se de toda uma estrutura já disponível.

Foi então transpondo minimalisticamente²⁰⁸ nas questões civis e comerciais a Diretiva nº. 52/2008 da Comunidade Europeia que o governo português regulamentou a matéria através da Lei nº. 29 de 29 de junho de 2009, incluindo a possibilidade de se utilizar os sistemas de mediação antes ou mesmo de forma simultânea à uma ação judicial em curso, como previa os arts. 249.A, 249.B, 249.C e 279.A do então Código de Processo Civil.

Ergo, assim como na Itália, optou-se em Portugal por ir além da regulamentação europeia, conferindo, todavia, tratamento diferente ao método, excluindo-se qualquer caráter de obrigatoriedade e efetivamente colocando-o como um recurso à disposição do jurisdicionado.

No ano de 2013, após a publicação de toda uma nova disciplina processual civil através da Lei nº. 41/2013, o conteúdo do art. 279.A foi reproduzido no art. 273 do novo Código de Processo Civil Português e, revogados os artigos 249.A, 249.B e, 249.C, seu conteúdo foi movido com alterações, para a Lei nº. 29 de 19 de abril de 2013, a Lei de Mediação Portuguesa.

A nova legislação sobre o tema, portanto, não havendo caráter obrigatório, conferiu a iniciativa de iniciar a mediação às próprias partes, por óbvio, ao Ministério Público, à Conservatória do Registo Civil ou mesmo ao próprio magistrado, conforme art. 34 da Lei nº. 29 de 2013, sempre que este entenda conveniente (situação em que se suspenderá a instância conforme art. 279.A CPCpt).

Uma outra peculiaridade da legislação lusitana é a de se distinguir a regulamentação nos casos de mediação civil e comercial, penal, laboral e familiar. No tocante à mediação

²⁰⁷ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 323.

²⁰⁸ CAPELO, Maria José. Op. Cit. p. 549.

civil e comercial, sua utilização pré-judicial implica na suspensão dos prazos de prescrição e caducidade dos direitos em jogo, a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação no qual todas as partes envolvidas o tenham assinado, sendo retomados quando, consoante item 3 do art. 13, concluído o procedimento sem acordo entre os litigantes, devendo ser comprovado seu fim pelo mediador ou entidade gestora na qual a mediação tenha ocorrido (item 5) através de comprovativo emitido cumprindo os requisitos constantes no item 6²⁰⁹, o que não vislumbra-se ocorrer no Brasil, tendo em vista a mediação já ocorrer no seio da própria demanda judicial, e nem mesmo na Itália.

Fora deste panorama europeu, o Brasil consolidou sua opção legislativa em seu mais recente Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15), mas teve sua primeira produção legiferante no tocante à utilização dos ADR logo após sua independência de Portugal e de forma bem peculiar se compararmos com as discussões que recente que o país vivenciou.

Previsto no capítulo único do título sexto da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, legislando em matéria processual, previa o art. 161²¹⁰ que nenhum processo seria iniciado sem uma tentativa prévia de reconciliação a ser realizada por um juiz de paz (art. 162²¹¹), ademais da possibilidade de se nomear juízes árbitros (art. 160²¹²), o que doutrina considera possuir relação com uma resistência do movimento liberal contra o conservadorismo e autoridade estatal²¹³.

Em 1890, todavia, através do art. 1º do Decreto nº. 359 de 26 de abril de 1890, Marechal Deodoro da Fonseca aboliu a conciliação como formalidade preliminar ou essencial a ser intentada ou perseguida nas ações cíveis e comerciais, tendo em consideração serem estas mais bem sucedidas quando “as partes voluntariamente comparecem” ao

²⁰⁹ Consoante item 6 do art. 13 da Lei nº 29/2013, os requisitos para o comprovativo de suspensão dos prazos deve conter a identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e de sua contraparte; a identificação do objeto da mediação, data da assinatura do protocolo de mediação (no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, a data em que as partes tenham concordado com sua realização), modo de conclusão do procedimento (quando já tenha ocorrido) e a data de conclusão do procedimento (quando este já tenha ocorrido). PORTUGAL. Lei nº 29 de 19 de abril de 2013 – Lei de Mediação.

²¹⁰ “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

²¹¹ “Art. 162. Para este fim haverá juizes de paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.”

²¹² “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

²¹³ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Forense. Rio de Janeiro. 2012. p. 165.

procedimento e ainda, os elevados custos e demora que tal previsão ocasiona à propositura da ação, evitando assim que os cidadãos “sofram mais com a demora e incerteza da justiça constituída, que tem obrigação legal de dar prontamente a cada um o que é seu”²¹⁴.

A partir de então, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, nenhuma legislação constitucional brasileira abordou de forma incisiva o tema, sendo esta a responsável por uma grande abertura no reconhecimento amplo dos direitos fundamentais. Em seu preâmbulo encontramos os objetivos do constituinte brasileiro, e dentre estes é observável o compromisso estabelecido na manutenção de uma harmonia social e em uma ordem interna e internacional com a solução pacífica de controvérsias.

No tocante à legislação infraconstitucional recepcionada, destaca-se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº. 5.869/1973), o qual trouxe um abrandamento ao princípio da formalidade, de modo que a conciliação, ainda que timidamente voltou a ganhar espaço no ambiente forense.

Não obstante, dentre algumas normas que nesse interim prestigiaram a composição das partes, podem ainda ser citadas as leis trabalhistas (decreto-lei nº. 5.542/1943) a Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/1977) e em 1984 foram criados os Juizados especiais de Pequenas Causas pela Lei nº. 7.224/84, os quais em 1995 através da Lei nº. 9.099 se converteram nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais possuem competência para realizar a “conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade”²¹⁵.

Paradigmática foi todavia, a reforma no Judiciário brasileiro iniciada através da Emenda Constitucional nº. 45 em 30 de dezembro de 2004, a qual inseriu o art. 103-B na CF/88, criando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conferindo-lhe poderes para exercer um controle da atividade jurisdicional (administrativo e financeiro), além de ser o responsável por criar e incentivar políticas judiciárias²¹⁶.

²¹⁴ BRASIL. Decreto nº 359 de 26 de abril de 1890. Coleção de Leis do Brasil – 1890, Vol.1 fasc. IV. p. 684.

²¹⁵ Art. 3º da Lei nº. 9.099/95. BRASIL. Lei nº. 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

²¹⁶ Das políticas que se destacam, temos o da instituição de um Dia Nacional da Conciliação, dia 08 de Dezembro, a criação das “Semanas da Conciliação”, do prêmio “Conciliar é Legal” visando, como consta em seus regulamentos “identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações [...] que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e consequente aprimoramento da Justiça”.

No tocante à Mediação, talvez a regulamentação mais importante tenha sido a Resolução nº. 125/2010 do CNJ, a qual inaugura uma “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário”, regulamentando definitivamente o uso dos ADR e que atualmente conta ainda tanto com a Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/15), como pelo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/15²¹⁷.

Conforme art. 2º da mencionada Resolução, como fito da implementação desta política, observar-se-á a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, além de um acompanhamento estatístico específico.

Outrossim, prevê o art. 6º que para tanto lhe caberá: a) estabelecer diretrizes para a implementação de políticas públicas de tratamento adequado de conflitos a serem observados pelos tribunais; b) desenvolver um conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos; c) providenciar que atividades relacionadas aos ADR sejam consideradas como critério para promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; c) regulamentar, através da elaboração de um “código de ética” a atuação dos conciliadores e mediadores”; d) buscar a cooperação entre os órgãos públicos no tocante à esta matéria; e) estabelecer interlocução com os órgãos representativos de categorias de profissionais jurídicos que operam no sistema judiciário de forma a valorizar a prevenção de litígios; f) realizar uma gestão junto às empresas e agências reguladoras de forma a implementar práticas autocompositivas, e; g) atuar conjuntamente com entes públicos para estimular a conciliação em matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Dentre as características que destacam a experiência brasileira, encontra-se em primeiro lugar o fato de o procedimento autocompositivo se tratar da primeira fase processual após o efetivo ingresso judicial da demanda, portanto, distintamente do modelo pré-processual italiano, evitando com isso um movimento de resistência tão grande que pugnaria pela sua inconstitucionalidade.

²¹⁷ No Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 podemos observar menção à Mediação nos arts. 3º §3º; 139 V; 149; 165; 166; 167; 168; 169; 170; 171; 172; 173; 174; 175; 303 §1, II; 308 §3º; 319, VII; 334; 335, I e II; 340 §3 e 4º; 565; 694; 695 e; 696.

Nesse sentido, ao ajuizar uma ação o autor deverá em sua peça inicial, conforme previsão do art. 319, VII do CPCbr, manifestar sua opção pela realização ou de uma audiência de conciliação ou de mediação, dispositivo o qual, lido conjuntamente com o art. 165 §§2º e 3º, nos conduz ao raciocínio de que a opção será preferencialmente no primeiro caso quando não houver vínculo anterior entre os litigantes, e caso haja este vínculo, a opção deverá ser pela mediação.

Ajuizada a ação e presentes todos os requisitos legais, o juiz designará com trinta dias de antecedência a data da audiência de mediação e ordenará a citação do réu ao comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, e não para a apresentação de sua defesa, até mesmo pelo fato deste não ter acesso prévio à petição inicial. Assim, o CPCbr introduziu uma primeira participação não litigiosa do réu, voltada ao diálogo, buscando não polarizar ainda mais a demanda nos seus momentos iniciais.

Destaca-se que o legislador brasileiro foi além da possibilidade suspensão do processo após o início do procedimento autocompositivo para criar uma etapa processual a ser utilizada no início e durante o desenlace processual.²¹⁸

Parte da doutrina entende se tratar de um modelo regulatório mais coerente, tendo em vista não incorrer em uma “tendência à esquizofrenia”²¹⁹, já que o Estado, detentor do monopólio da administração da justiça, não estaria encorajando seus cidadãos (e por vezes constringendo-os) a recorrer à uma ‘justiça privada’, e assim renunciando seu monopólio e reconhecendo a incapacidade das Cortes estatais atenderem ao crescente número de casos ajuizados anualmente.²²⁰

Das experiências analisadas, é o único ordenamento que criou uma verdadeiro etapa processual totalmente dedicada aos ADR (nomeadamente a conciliação e a mediação), inserindo-os logo após o ajuizamento da demanda em momento anterior inclusive à apresentação de defesa pelo Réu (o qual, como dito, sequer tem acesso aos argumentos

²¹⁸ Recorda-se ainda, de forma semelhante a existência de experiências de arbitragem endoprocessual, sobre o tema SILVESTRI, Elisabetta. La “court-annexed arbitration”: Uno nuovo remedio per um vecchio problema. *In Rivista Trimestrale de Diritto e Procedure Civile*. Giuffrè Editore. Milano. 1995b. p. 1035.

²¹⁹ GENN, Hazel. Understanding Civil Justice. *In* FREEMAN Michael D. A. (ed.). *Law and Opinion at the end of the twentieth century*. Oxford University Press. Oxford. 1997, p. 168-169.

²²⁰ Silvestri realiza afirmações nesse sentido, mas alerta que tais afirmações podem incorrer no risco de ficarem no lugar comum quando analisadas as experiências de ordenamentos estrangeiros. SILVESTRI, Elisabetta. *Op. Cit.* 1999. p. 332-333.

alegados pelo Autor), iniciando o prazo pra contestar a demanda (e o acesso à petição inicial) somente após sua realização, como prevê o inciso I do art. 335 do CPCbr.

A principal vantagem de termos esta regulamentação e este momento (em especial se somarmos ainda ao não acesso pelo demandado aos detalhes da argumentação do autor da demanda) é a de que se evita uma subida na “espiral do conflito” entre os litigantes, o que facilitaria o alcance de um acordo. Conforme adentramos no processo, maior torna-se a carga emocional, e por conseguinte difícil fazer com que haja a possibilidade de as partes se engajarem verdadeiramente em uma negociação.

Não obstante, ao redigir uma petição inicial, o advogado irá elaborá-la consoante o que lhe foi dito pelo seu cliente, atribuindo não somente a visão dos fatos na perspectiva deste, como realizará uma escrita recheada de atribuição de culpa. Possibilitar ao demandado o acesso à toda argumentação pode dificultar este processo autocompositivo que se busca privilegiar.

Nesse sentido a opção brasileira é imune a quaisquer críticas, pois leva em consideração a natureza do processo, e, principalmente, se atenta a evitar um acirramento do conflito.

Algo que nota-se comum a todas as regulamentações sob análise, independente da forma como é tida, reside no fato de que o procedimento de mediação sempre é iniciado após uma sessão de pré-mediação na qual o mediador explicita o funcionamento da mediação e as regras²²¹ do procedimento, e, em Portugal estando as partes de acordo, continuarão no processo de mediação assinando um “protocolo de mediação” que atenda aos requisitos do item 3 do art. 16.

Nos três países estudados, é comum ainda a faculdade conferida às partes, conjuntamente com o mediador de agendarem as próximas reuniões, com a especificidade italiana da existência de um limite de duração máximo de três meses, consoante art. 6º do Dec. Leg. 28/2010, que nos parece ser mais maleável nos demais países devido à impossibilidade do ajuizamento da ação nesse lapso temporal.

²²¹ Tendo em vista a informalidade que rege o procedimento de mediação, alguns preferem utilizar o termo “diretrizes”.

Tendo em vista a ausência de uma cultura no sentido da utilização dos métodos, seja por uma tradição da escolha judicial, seja por ignorância da sua existência e de seu procedimento, vislumbra-se que tais regulamentações se tratam apenas de uma opção legislativa com vistas a um mesmo objetivo de consolidar tais métodos nas práticas judiciárias, respeitadas as peculiaridades de cada ordenamento e cultura de suas sociedades.

A obrigatoriedade seria então, nesse sentido, um estágio provisório da evolução legislativa pelas quais Brasil e Itália passariam, para, consolidados os métodos no cotidiano forense e da própria sociedade, se pudesse dar um passo atrás e torná-lo novamente uma mera faculdade das partes.

Diante da ausência de uma cultura que sirva como base para a legislação processual, o legislador, ao nosso ver, tenta então fazer o caminho inverso e, através de uma inovação legislativa, busca modificar a cultura da sociedade na qual está inserido através de alterações e inovações legislativas.

Outro ponto que nos resta clarividente é o fato de as inovações italianas e brasileiras, ao contrário dos principais países da Europa Continental, sempre indicarem essa tendência privatista mais acentuada, o que na visão de Pinho e Santanna “prejudica ainda mais o jurisdicionado, pressionado a solucionar seus conflitos por meios privados diante da má qualidade do serviço prestado pelo Judiciário”²²².

Se quisermos tomar como outro grande exemplo da questão, citam os autores o não desenvolvimento do *case management* (gestão processual), como vemos ocorrer, por exemplo em Portugal no art. 6º do CPCpt²²³, e uma etapa pré-processual para que se realize uma colheita extensa de provas.²²⁴

Outro ponto digno de nota, conforme já alertávamos no item 1.3 *supra*, é que tais reformas legislativas, tendo em vista a necessidade de uma remodelação estrutural do

²²² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Loc. Cit.

²²³ Sobre o tema da gestão processual em Portugal ver MESQUITA, Luís Miguel Andrade. Princípio da Gestão Processual: O ‘Santo Graal’ do Novo Processo Civil? *In Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 145. Nov-Dez. 2015. pp. 78-108.

²²⁴ Consoante Silvestri “*a real preparatory phase is still missing: after the pleading stage, the first hearing before the judge is not aimed at narrowing and clarifying the issues but has only the purpose of setting into motion an exclusively written preparation of the case. Such a written preparation will take place through an exchange of pleadings that can drag on from one hearing to the next for a very long time. Similarly, in a subsequent stage of the proceeding the evidence is taken in a piecemeal way, and the judgement is not issued immediately after the final submissions of the parties, but much later*”. SILVESTRI, Elisabetta. Op. Cit. 2011. p. 5.

sistema da justiça civil necessitam todo um investimento a nível, seja humano, seja infraestrutural para que efetivamente possa se estabelecer enquanto nova forma e prática judiciária. No tocante à tríade processual sob análise, Portugal é, ao nosso ver, a que mais positivamente se destaca neste aspecto.

Em que pese mais parcimoniosa e vagarosa, é a que nos parece ser a que mais solidamente vem conquistando terreno e sendo aceita pela comunidade jurídica. O Brasil e a Itália, em contrapartida, tentam inovar de forma mais afoita, muitas vezes olvidando as dificuldades, buscando inovar através de soluções imediatistas, sobrecarregando institutos que não servem diretamente ao propósito pelo qual são positivados.

3.2. PRINCÍPIOS POSITIVADOS

No item 2.2.4.1 supra, vimos que o procedimento de mediação é regido por determinados princípios mestres, mas novamente aqui os ordenamentos são conflituosos e nebulosos. A regulamentação desses princípios é feita de maneira não uniforme, o que cria algumas dificuldades teóricas aos juristas que sobre o tema se debruçam.

Na legislação tupiniquim, a existência de dois diplomas complementares sobre a matéria faz com que tenhamos uma maior quantidade de princípios previstos legalmente. Na Lei brasileira de mediação (Lei nº. 13.140/15), temos no art. 2º os princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé, que devem ser somados aos previstos no art.166 do CPCbr, a saber, da independência, da informalidade, da oralidade e da decisão informada.

A legislação portuguesa Lei nº. 29/2013, inovou em sua ordem jurídica ao trazer pela primeira vez em um diploma português, princípios básicos aplicáveis ao método, a saber (i) voluntariedade; (ii) confidencialidade; (iii) igualdade e imparcialidade; (iv) independência; (v) competência e responsabilidade; (vi) executoriedade.

Na Itália também devido ao prolongado imbróglio legislativo enfrentado, podemos encontrar os princípios de forma dispersa (assim como no Brasil), e ainda de forma implícita em alguns dispositivos. No Decreto Legislativo nº. 28/2010 encontramos, por exemplo, no art. 3º e 14 o princípio da pessoalidade, idoneidade e informalidade, no art. 16 o da competência ou eficiência e nos arts. 6º e 7º o da celeridade. Todavia doutrina é ciente ainda

da existência e necessidade de atendimento a outros princípios, nomeadamente o da confidencialidade, da imparcialidade, independência e neutralidade.

Em bom rigor, essa diferença relativa à positivação dos princípios - em alguns serem positivados, e outros serem olvidados - não afeta sobremaneira nem a regulamentação do instituto, nem mesmo sua realização. Por serem muitas vezes decorrência da própria estrutura do método, de sua natureza, estão contidos na teoria geral da mediação e acabam por serem obedecidos.

3.3. O MEDIADOR

Sobre a figura do mediador, destacam-se os ensinamentos de Newman, segundo os quais deve o mediador possuir seis características, a saber: a) empatia, compreendida como a habilidade de se conectar com as partes, compreender suas posições mesmo que não concorde com estas, bem como redirecionar a percepção inicial dos mediandos; b) paciência, tida como a habilidade de aguardar que as próprias partes avancem no processo, cada uma a seu tempo; c) auto segurança, visando inspirar as partes sem induzi-las a comportar de determinada forma; d) clareza de pensamento, no sentido de saber perguntar, quais tipos de informações extrair em cada momento; e) criatividade, como capacidade de levantar novas ideias nos momentos em o procedimento se mostrar parado ou retroagindo; f) vigor, tendo em vista a prolongação das sessões, sua intensidade e possível quantidade reduzida de pausas.²²⁵

Deve, portanto, possuir uma competência que extrapola o âmbito técnico. Não podemos esquecer que as experiências pessoais e profissionais que este profissional possui irão influenciar na conduta que vier adotar. Consoante Cruz “[...] suas ideologias, sua classe social, a sua formação universitária, enfim, todas as suas experiências pessoais acabarão por condicionar a sua postura, a sua linha de acção”²²⁶.

Em que pese termos abordado até o momento a realização da mediação por somente um terceiro, por muitas vezes ser a regra, ressaltamos que há ainda a possibilidade de a sessão ocorrer de forma conjunta envolvendo dois mediadores, em uma prática denominada

²²⁵ NEWMAN, Paul. *Commercial ADR. In Mediation in Context*. Jessica Kingsley Publishers. Londres e Philadelphia. 2000, p. 183-184.

²²⁶ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra. Coimbra Editora. 2011. p. 99.

por ‘co-mediação’, a qual encontra-se prevista no Brasil no art. 15 da Lei 13.140/15, art. 17 item 1 da Lei nº. 29/2013 em Portugal, e art. 8 item 1 do Dec. Leg. italiano nº. 28/2010.

Ao tratarmos dos modelos de mediação, no item 2.2.4.2, vimos que a depender daquele que for adotado, pode se tratar de uma atividade extenuante não somente física, mas principalmente psicologicamente ao mediador, motivo pelo qual consideramos interessante e importante a atividade ser realizada, quando possível, por mais de um mediador.

Além de evitar o esgotamento, tal prática permite que durante toda a sessão as informações levadas pelos mediados sejam efetivamente compreendidas, que nenhuma que seja relevante seja eventualmente desconsiderada devido à fadiga do profissional, e que, dividindo saudavelmente as responsabilidades, as técnicas sejam melhor aplicadas e no momento correto.

A realização da mediação de tal forma possibilita ainda uma maior variedade de gênero²²⁷, e de formação técnica, tendo em vista que cada mediador pode além da formação negocial, possuir um *background* em uma área do conhecimento diferente, ampliando as possibilidades de avanços e o tecnicismo da negociação.

Essa interdisciplinaridade dos profissionais tem, não podemos desconsiderar, o condão de qualificar o procedimento consensual como um todo tornando mais eficiente a chegada a soluções e acordos factíveis através de profissionais com competências negociais e técnica nas matérias que o conflito tangencia.

Como tratado, a principal distinção para com os demais métodos é o fato de no exercício de sua atividade o mediador não poder oferecer propostas aos mediados, somente uma “exploração construtiva dos problemas”²²⁸. Esse é o caso do Brasil e de Portugal (expressamente previsto no art. 2º da Lei de Mediação), todavia na Itália a opção realizada foi diversa.

Como previsto no item 1, b, do art. 1º do Dec. Leg. nº. 28/2010, o mediador italiano no auxílio das partes a se alcançar uma solução amigável, pode inclusive formular propostas.

²²⁷ Principalmente se considerarmos que em determinados processos sobre Direito de Família é interessante termos um homem e uma mulher a realizar a atividade de mediadores conjuntamente, a fim de que os mediados possam se identificar mais com um ou com outro e assim se sentirem mais confortáveis durante a negociação.

²²⁸ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 57.

Destacam Pinho e Santanna²²⁹ que antes mesmo da atual legislação, o Dec. Leg. nº. 5/2003 em seu item 2 do art. 40 já atribuía ao mediador - à época indistintamente tratado como conciliador - a função de propor um acordo, com a especificidade desta somente ocorrer após solicitação das partes.

A partir do decreto de 2010, este pode ser realizado mesmo sem a solicitação dos mediados, em qualquer fase do procedimento, desde que apresentada de forma escrita, com o prazo de resposta das partes, aceitando ou rejeitando, de sete dias, conforme item 2 do art. 11, e, caso não respondam, esta será dada como rejeitada.

Analisada isoladamente, tal previsão, em que pese inusitada, não levantaria grandes discussões, tendo em vista se tratar meramente da adoção de um diferente método de mediação, mas o principal aspecto reside em seus efeitos fora do âmbito da mediação, e que dizem respeito aos custos do processo, os quais serão dissecados no item 3.7 *infra*.

No Brasil, a função já foi desempenhada por juízes de paz no período imperial, e por muitos anos a função de mediador (e conciliador) ficou a cargo do próprio magistrado, ainda que com o auxílio de um profissional específico para a conciliação, como previa o §1º do art. 277 do código de processo civil brasileiro de 1973²³⁰.

No âmbito da Lei nº. 9.099/95, que como vimos diz respeito aos Juizados Espaciais Cíveis, a função de mediador e conciliador, em que pese ser muito mais comum a existência somente destes últimos, é realizada por um terceiro, e não pelo juiz da causa, ou pelo juiz leigo.

Atualmente estes profissionais encontram-se regulados pelos arts. 9º e 10 da Lei nº. 13.140/15 no tocante à prática extrajudicial, e arts.11 a 13 do mesmo diploma legal, no que se refere à mediação em âmbito judicial. Ao passo que na primeira pode desempenhar a função de terceiro, qualquer pessoa capaz e de confiança das partes, na modalidade judicial deve se tratar de pessoa com ensino superior completo há pelo menos dois anos e que tenha

²²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Loc. Cit.

²³⁰ “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.” BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

obtido capacitação em mediação em escola ou instituição reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). O mediador deve então estar cadastrado junto ao tribunal que atue e pode por este ser designado, ou escolhido pelas próprias partes, consoante art. 4º da Lei nº. 13.140/15.

Destaca-se ainda que a capacitação mencionada deve seguir às diretrizes curriculares previstas no Anexo I da Resolução nº 125 do CNJ, com um conteúdo programático todo já definido e que deve ser seguido durante a formação básica dos profissionais, a fim garantir uma qualidade e uniformidade da capacitação e no serviço prestado pelos servidores no Judiciário. Trata-se de uma formação em dois módulos, um primeiro teórico, no qual se objetiva transmitir informações teóricas acerca da conciliação e mediação, e um segundo módulo prático de estágio supervisionado, iniciando como observador, depois passando a co-mediador, para enfim poder ser o condutor de uma sessão de mediação.

Entretantes, ponto de constante debate e que merece ser aqui pontuado, reside no acesso dos mediadores aos autos do processo de forma prévia à sessão de mediação, sobre uma eventual quebra da imparcialidade e uma impossibilidade de preparação adequada destes profissionais. Sobre tal ponto não enxergamos grandes complicações. Não porque não reconhecemos a importância devida, mas considerando que, por ser um método construído conjuntamente entre o profissional e as partes a partir de uma base teórica comum, a questão residiria, portanto, na escolha do profissional que atuará como mediador e não somente no conhecimento que este possui sobre os fatos que serão alvo de discussão.

Entendemos assim, ser mais importante que as partes possam escolher um mediador com conhecimento na área do conflito (familiar, tecnologia, contratos etc.) do que um conhecimento daquilo que está em disputa, ou mesmo que eventualmente o setor responsável pela designação dos profissionais tenha ingerência no sentido de atender à esta especialização. De tal sorte, entendemos que a imparcialidade pode ser mais prejudicada caso o profissional tenha acesso às informações do processo, do que propriamente não tê-las, ou ter por curto período, antes do início da sessão.

Em Portugal cabe às partes acordarem quanto ao(s) mediador(es) que conduzirão o procedimento, conforme art. 17 da Lei nº. 29/2013, dentre os profissionais certificados por

cursos ministrados por entidades autorizadas pelo Ministério da Justiça, como define o art. 24 do diploma retro mencionado.

Nos casos de sua realização em entes públicos sua designação ocorrerá através de sistema informático, quando não haja qualquer indicação das partes, art. 38 Lei nº. 29/2013, entre os profissionais constantes nas listas dos tribunais e não configura vínculo empregatício público, como dispõe o art. 40.

Em território itálico, por sua vez a mediação é levada a cabo por uma pessoa física, individual ou colegiadamente (art. 1 do Dec. Leg. nº. 28/2010) designada pelo responsável do órgão, que o faz fixando ainda a data da primeira sessão.

Em 1940 o *Codice di Procedura Civile* mencionava a Mediação, tratado *supra*, como sendo um procedimento interno ao processo, com a particularidade de ser conduzido pelo próprio magistrado (art. 21 do *Regio Dec.* nº. 12 de 30 de janeiro de 1941), que igualmente possuía o dever de julgar posteriormente a causa no caso de não chegarem as partes em acordo. Em 1991 através da Legge nº. 374 de 21 de novembro a função passou então a ser atribuída a um juiz de paz, com competência civil e penal além da conciliativa (art. 1º. Item 1).

No exercício de suas atividades, é interessante notar que a legislação portuguesa prevê legalmente direitos e deveres dos mediadores nos arts. 25 e 26 da Lei nº. 29/2013, sendo-lhes assim assegurados autonomia no exercício de suas atividades e a metodologia e procedimentos adotados, a ser remunerado pelo serviço prestado, requisitar os meios e condições para o exercício de sua função e recusar tarefa incompatível.

Na Itália estas obrigações são previstas, em que pese de forma mais simples, no item 2 do art. 14 do Dec. Leg. nº. 28/2010 correspondendo às de assinar declarações de imparcialidade para os processos em que for designado, bem como informar o órgão que faz parte e as partes acerca de qualquer prejuízo à sua imparcialidade durante o procedimento e a de formular propostas de conciliação em conformidade com os limites das normas e da ordem pública, sem olvidar ainda, o dever de responder imediatamente às requisições do responsável pela instituição na qual acontece a mediação.

Em que pese parecerem direitos mínimos, sua regulamentação é importante por evitar vários problemas que vemos ocorrer na prática de outros países, nomeadamente no

Brasil. Como a legislação italiana optou por um conceito mais abrangente, Pinho e Santana entendem que por este motivo o mediador “pode se utilizar de três métodos para a prática da mediação”²³¹ o facilitativos, o valorativo e o transformativo.

Como vimos, na mediação facilitativa, agindo somente como um facilitador do diálogo, o mediador atua de forma passiva, sem quaisquer poderes de decisão relativos ao conflito dos mediandos. Em posição diametralmente oposta, no método valorativo é atribuído ao mediador a possibilidade de externalizar a sua opinião pessoal acerca da problemática e aconselhar as partes acerca do que entende poder ser feito para solucionar a questão. A mediação transformativa, ao contrário das outras talvez seja a que mais demande preparo do mediador, tendo em vista seu objetivo maior de resgatar uma harmonia entre os litigantes, através de uma reconquista do respeito recíproco²³², por isso “é relevante também que o mediador tenha domínio nas questões metajurídicas subliminares ao conflito”.

Não obstante, possui um amplo dever de informações às partes sobre todas as questões relativas ao método e ao procedimento, deve se abster de impor acordos, respeitando o caráter autocompositivo da Mediação, garantir a confidencialidade das informações que tiver conhecimento durante o procedimento, deve comunicar quaisquer informações relativas à sua possível suspeição ou imparcialidade.

Devem contudo os mediadores dos três países revelar às partes qualquer informação que possa colocar em dúvida a sua imparcialidade²³³ e desinteresse na causa, momento em que pode ser recusado por quaisquer delas, pois à eles se aplicam as mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes togados, como previsto no Brasil no art. 5º Lei nº. 13.140/15 e art. 144 e 145 do CPCbr, em Portugal no art. 21 da Lei dos Julgados de Paz, art. 26 da Lei 29/2013 e 122 a 136 do CPCpt. Na Itália, como dito, esta é uma das obrigações previstas no item 2 do art. 14 do Dec. Leg. nº. 28/2010.

²³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Loc. Cit.

²³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Loc. Cit.

²³³ Doutrina entende que seria utópico o alcance pelo profissional de uma total imparcialidade, pois dificilmente se consegue despir dos juízos de valor que inconscientemente realiza, motivo pelo qual defendem que na realidade dever-se-ia falar em uma multiparcialidade. Segundo Rondón Garcia e Munuera Gómez “*toda legitimación implica para el mediador una imparcialidad o neutralidad o, para ser más acertado, una multiparcialidad, es decir, tomar partido por todos. Es una tarea que consiste en generar un clima de confianza y empatía con todos, por un lado, y, por el outro, ser equidistante*” RONDÓN GARCIA, Luis Miguel; MUNUERA GÓMEZ, María del Pilar. Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales. In *Trabajo Social*, nº 1.1. Bogotá. 2009, pp. 25-41.

Interessante notar que neste ponto a legislação dos três países é bem harmônica no sentido de os critérios serem muito próximos, senão idênticos aos dos magistrados, uma vez considerarem, em que pese a natureza totalmente diferente do método, tratar-se de um terceiro que influencia diretamente na solução da lide processual.

A participação do mediador como testemunha em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto que esteja sendo discutido na mediação é igual e completamente vedada pelo art. 28 da Lei nº. 29/2013 em Portugal, art. 10 do Dec. Leg. nº. 28/2010 na Itália e art. 7º da Lei nº. 13.140/15 e inciso I do art. 1º do Anexo III da Resolução nº. 125/10 do CNJ, no Brasil.

No tocante às normas deontológicas da profissão, no Brasil deve ser observado o “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais” previsto no Anexo III da Resolução nº. 125/10 do CNJ, que em seus apenas oito artigos regulam a profissão, ao passo que os profissionais portugueses e italianos devem obedecer o “Código Deontológico Europeu dos Mediadores”, que de forma bastante similar elencam quatro artigos abordando as principais obrigações a serem atendidas.

De forma geral, todos os regulamentos giram em torno do objetivo de se reforçar e proteger a confidencialidade das informações, a imparcialidade do profissional, a voluntariedade das partes em permanecer no processo de mediação e a autonomia da vontade das partes no momento da tomada de decisões.

Cabe destaque, por fim, analisarmos as disciplinas normativas concernentes à punição dos mediadores nos casos em que os deveres e obrigações não forem por estes cumpridos.

A norma portuguesa prevista no art. 43 e 44 da Lei nº. 29/2013, prevê a fiscalização das atividades dos mediadores, a qual incumbe às entidades gestoras dos sistemas públicos, na sequência de queixas ou reclamações contra estes, e no exercício da supervisão contínua sobre o sistema público, podendo incorrer em penalidades que vão desde a repreensão, a suspensão e exclusão da lista dos tribunais.

De forma semelhante, todavia sem a possibilidade de uma repreensão, consoante a legislação brasileira o mediador pode ser igualmente suspenso ou excluído do cadastro dos tribunais segundo dispõe o art. 173 CPCbr, após o juiz do processo ou coordenador do centro

de mediação verificar a inadequação da conduta e ser instaurado um procedimento administrativo para se apurar a falta cometida.

Em nosso entender, diante de uma teoria geral da mediação que impõe a necessidade de um mediador imparcial e que em nenhum momento oferece propostas de solução para o conflito, a regulamentação brasileira e lusitana são as mais coerentes. Não podemos em momento algum olvidar que a possibilidade do mediador sugerir um acordo é prejudicial e desvirtua o procedimento como um todo. Não obstante, impactar e vincular a não aceitação da proposta com a decisão final imposta pelo magistrado, independente do fato de ser uma possibilidade teórica e de difícil realização prática, com o pagamento das custas finais do processo é uma forma de coagir as partes a transigirem, e é justamente isso que deve ser combatido quando da regulamentação do método.

Em última análise, a previsão italiana torna, com tal ponto, evidente os motivos pelos quais se optou pela regulamentação obrigatória. Torna-se claro a intenção de fazer com que a qualquer custo as partes cheguem a um acordo e não levem a cabo o procedimento judicial, e, caso assim o façam, sofreram consequências financeiras.

3.4. A PARTICIPAÇÃO (OU AUSÊNCIA) DAS PARTES

Como vimos no item 2.1.4, a forma através da qual as partes participam do procedimento de mediação varia de acordo com a natureza do conflito, do modelo adotado pelo ordenamento e do estilo do mediador, podendo de tal forma ser mais ou menos ativa e intensa, mas em qualquer cenário devem ser estas as protagonistas do procedimento e as principais responsáveis por conduzir a negociação.

De tal sorte, não entendemos em consonância com os objetivos do método a possibilidade de sua realização por representantes ou, quando mesmo presentes as partes, são os seus procuradores os responsáveis pela negociação.

No Brasil, os §§4º e 8º do art. 334 do CPCbr são expressos ao trazer que, caso ambas as partes não manifestem expressamente o seu desejo em não realizar a realização da audiência, esta ocorrerá, e, caso qualquer delas não compareça injustificadamente, tal ato será considerado como “atentatório à dignidade da justiça” e será aplicada à parte ausente uma multa no importe de até dois por cento da vantagem econômica pretendida, ou do valor da causa, valor que será revertido ao Estado e não à contraparte que compareceu à audiência.

Na Itália, a ausência injustificada e suas consequências às partes estão previstas no item 4-bis do art. 8º do Dec. Leg. nº. 28/2010. Para além da condenação ao pagamento de uma multa no valor correspondente à unificação dos valores devidos ao juízo, tal ordenamento possui a especificidade de poder o magistrado considerar tal fato como prova a ser ponderada, consoante art. 116 do CPCit, para o sucessivo julgamento do caso.

Em Portugal observa-se uma abordagem ainda diferente. A única menção legislativa no que diz respeito à ausência das partes sem justificativa à sessão inicial da mediação está no art. 54 da LJP, não ocorrendo qualquer sanção financeira, somente na remessa do processo à secretaria para que seja marcada data de audiência.

No caso de haver justificativa o legislador lusitano optou por entender que nesse caso ainda há uma vontade da parte de continuar com o mecanismo autocompositivo, motivo pelo qual optou por conferir a possibilidade de se marcar uma nova data dentro dos três dias seguintes à apresentação da justificativa. Somente no caso de uma nova ausência é que então o processo será remetido para audiência de julgamento que deverá ocorrer nos dez dias que se seguirem.

Assim, somente há uma condição pré-processual que torne obrigatória a mediação previamente ao processo judicial na legislação italiana, no Brasil tal obrigatoriedade (ou a utilização da Conciliação) ocorre endoprocessualmente e somente na legislação lusitana há uma maior autonomia da vontade das partes, com somente o estímulo do legislador, mas sem uma obrigatoriedade de se comparecer à uma primeira sessão.

Importante pontuar que independente do ordenamento analisado, não há uma imposição quanto a se estar no procedimento de mediação, mas sim é imposto que pelo menos as partes compareçam à primeira sessão, podendo, se quiserem, descontinuí-lo e prosseguir com a via judicial. Com isso, apesar de compreensível o argumento dos que entendem que qualquer obrigatoriedade, violaria o pressuposto básico da autonomia da vontade, assim não concordamos.

3.5. ADVOGADOS

Litigar é muitas vezes desnecessário e possui um grande potencial de destruir relações, de modo que os advogados, segundo Rich deveriam ser treinados para reconhecer situações e estar preparados para abandonar a clássica abordagem judicial que possuem

arraigada em seu cotidiano, uma vez que o papel consultivo pode promover a longo prazo maior interesse das partes.²³⁴ Nesse sentido Azevedo e Wald aduzem que “a tendência do campo profissional dos artífices de Direito mostra uma valorização maior do advogado que consegue trazer racionalidade, objetividade e criar valor para o cliente no processo de resolução de disputas”²³⁵.

Como escreve Schmitz, vários estudos demonstram que o maior obstáculo para o sucesso dos ADR é a falta de informação dos advogados, de forma que estes “*are sometimes dissatisfied with mediation, not because of the process itself but because they misunderstood which process was chosen*”²³⁶.

Sendo o advogado o primeiro juiz da causa, seu papel inclui a habilidade de identificar a legitimidade dos problemas, determinar o grau do envolvimento linguístico, e ainda concretamente, transformar estes problemas em disputas, e estas em ações judiciais. Consoante Marshall “*lawyers can do as much or as little as they choose. They can use ADR as a means to improve access or merely as a means to improve their income*”²³⁷.

Como relembra a autora²³⁸, em que pese a glamourização da profissão por programas televisivos, a realidade de como a opinião pública aborda a profissão ainda é aquela das piadas e do advogado ‘abutre’ que tenta sempre achar brechas na lei para benefício próprio e de seu cliente. Assim, desenvolve-se uma cultura de não somente evitar-se recorrer aos advogados, mas por via paralela evita-se recorrer aos próprios tribunais.

Põe-se em discussão aqui, portanto, a formação destes profissionais. Como estes veem sendo “moldados” e qual a base que possuem para operar em um sistema que lhe apresenta diversas maneiras de encarar a mesma situação. Coloca-se em evidência, e o passar dos anos torna ainda mais escancarada, a necessidade de uma formação holística e multifocal em oposição à monofocal predominante e internacionalmente difundida.

²³⁴ RICH, William. The Role of the Lawyer *In Brigham Young University Law Review*. 1980. pp.767-784. p. 767-768.

²³⁵ AZEVEDO, André Gomma de; WALD, Arnaldo. A Advocacia Resolutiva. *In Revista de Arbitragem e Mediação*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2018. pp. 85-89.

²³⁶ SCHMITZ, Suzanne. What Should we teach in ADR Courses: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation *In Harvard Negotiation Law Review*. 2001. pp. 189-210. p. 191-192.

²³⁷ MARSHALL, Pam. Would ADR have saved Romeo and Juliet? *In Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 36, n°. 04. Toronto. 1998. pp. 771-805. p. 780 et seq.

²³⁸ Idem. Ibidem. p. 780.

Ao contrário do que comumente se imagina, a intervenção de um mediador não implica diretamente na diminuição da carga de trabalho (e por conseguinte de remuneração) do causídico, e em um enfraquecimento de sua posição pela opinião pública, a situação é justamente a oposta. Um advogado que saiba eficientemente operar com todo esse “toolbox” à sua disposição tende a ter ampliada as suas obrigações, pois além do conhecimento jurídico para proteger o direito, precisará ainda dominar técnicas negociais e comportamentais. Frise-se que reconhecemos tratarem-se de funções que lhes são inerentemente conexas, mas que foram perdidas ou tolhidas ao longo dos anos. Todos estes aspectos, se eficientemente realizados, tendem inclusive a aumentar a confiança dos advogados com seus clientes, na medida em que se tornará mais efetiva e próxima e participativa sua relação e a do advogado com o andamento processual.

Consoante Gouveia, a advocacia deve pensar em termos macro (médio e longo prazo) na satisfação de seus clientes, na rapidez e na eficiência da resolução dos litígios²³⁹, recordando sempre o slogan estadunidense de que “clientes felizes pagam suas contas”.

Ademais, a autora lusitana elenca serem três os problemas levantados referentes à participação dos advogados na Mediação, a saber: a) sua presença nas sessões; b) seu papel durante elas, e; c) sua possibilidade de substituição das partes.²⁴⁰ Não é questionável, portanto, sua importância na atividade de orientação às partes e de fiscalização da obediência das regras deontológicas, mas sim qual o limite de sua atuação, até que ponto podem agir sem de fato tomar o protagonismo para si, ofuscando aqueles que deveriam ser os reais protagonistas do método.

Quando tratamos da representação de pessoas jurídicas compreende-se mais facilmente o objetivo de atuação dos advogados na mediação, por serem, muitas das vezes, a voz do representado, mas é mais sutil a questão quando tratamos da representação de pessoas físicas.

Reconhecendo fundamental a participação ativa das partes²⁴¹, indicando ainda uma certa natureza personalíssima da mediação²⁴², em Portugal as partes poderão comparecer às

²³⁹ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 54.

²⁴⁰ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 52.

²⁴¹ MOTA, Sílvia Ventura. *A representação pelo Advogado na Mediação*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2016. p. 31.

²⁴² LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei de Mediação - Comentada*. Almedina. Coimbra. 2016. p. 138.

reuniões sozinhas, ou assistidas de seus advogados, advogados-estagiários ou solicitadores, não podendo, ao contrário do Brasil se fazerem representar por estes, como é expresso o art. 36 da Lei n.º. 29/2013 portuguesa.

Em todo caso, não podemos olvidar ainda a interessante previsão de facultar o acompanhamento por outros profissionais técnicos, mas ainda se trata de uma hipótese na qual a contraparte deve expressamente anuir, consoante art. 18 da Lei n.º. 29/2013.

No território brasileiro, havemos uma dupla distinção. Em se tratando de mediação extrajudicial é facultada pela lei a presença dos advogados, mas no caso de uma delas estar acompanhada, a outra necessariamente também deverá estar, consoante art. 10 da Lei n.º. 13.140/15. Por outro lado, em se tratando de mediação judicial essa presença é obrigatória e inafastável, vide art. 26 da Lei de mediação brasileira e §9º do art. 334 do CPCbr. Não obstante, como mencionado, é ainda possível através do §10º do art. 334 do CPCbr que estes representem as partes, desde que o façam através de uma procuração específica com poderes para negociar e transigir.

Consoante a legislação italiana, é obrigatório que o advogado participe, mas inclusive informe o cliente acerca da necessidade da utilização da mediação, por escrito, em documento a ser assinado pelo cliente, manifestando assim sua ciência, consoante art. 84 item 1-A da Lei n.º. 98/2013²⁴³. A consequência da não obediência destes aspectos é severa e discutível²⁴⁴, pois pode acarretar na anulação do próprio contrato que o advogado possui com seu cliente.

Visando diminuir a forte repercussão contrária, como ocorreu com a regulamentação anterior, a legislação italiana de 2013 (Legge n.º. 98/2013) tornada agora definitiva contém uma série de dispositivos que visam aproximar o método principalmente

²⁴³ “Art. 84. 1-A. *L’avvocato informa altresì l’assistito dei casi in cui l’esperimento del procedimento di -A. mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L’informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l’avvocato e l’assistito è annullabile. Il documento che contiene l’informazione è sottoscritto dall’assistito e deve essere allegato all’atto introduttivo dell’eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell’articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*”.

²⁴⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 107.

à classe dos advogados²⁴⁵, tornando obrigatória a participação destes nas sessões, conferindo-lhes o *status* de mediadores *ex lege* (4-bis do art. 16 do Dec. Leg. nº. 28/2010) e ainda dando força de *exequatur* aos acordos devidamente assinados pelas partes conjuntamente com seus procuradores, os quais serão homologados e constituirão “*titolo esecutivo per l’ espropriazione forzata, per l’ esecuzione in forma specifica e per l’ iscrizione di hipoteca giudiziale*”²⁴⁶ consoante art. 12 do Dec. Leg. nº. 28/2010.

Não olvidamos ainda a possibilidade de o advogado ocupar a posição de mediador. Nesse caso, os países possuem tratamentos diferentes.

No Brasil veda-se que o profissional exerça quaisquer atividades relacionadas à advocacia no juízo que esteja atuando como mediador, consoante §5º do art. 167 do CPCbr. Em que pese haver dúvidas doutrinárias se o termo “juízo” se refere à Vara ou ao Tribunal, entendemos por bem que seja o caso de, visando resguardar o seu direito ao trabalho conferir a solução que lhe seja menos gravosa, de modo que o impedimento se daria somente em relação às Varas em que atua. Ademais, consciente de que o ofício do mediador é mais difundida no meio jurídico, é mais comum que o interesse desponte inicialmente nos profissionais que operam no sistema jurídico.

A utilização de advogados, ao menos no Brasil, para voluntariamente ou a título de remuneração pelas partes conforme valores determinados pelo tribunal, é uma forma de, sem incorrer em aumento dos gastos pelo Judiciário, conseguir uma mão de obra qualificada (desde que possua a mencionada capacitação nos moldes do Anexo I da Resolução nº. 125/10 do CNJ) e já “acostumada” a lidar com conflitos no ambiente forense.

Na Itália, entretanto, o item 4-bis do art. 16 prevê que os advogados inscritos nos órgãos de mediação devem possuir formação adequada e manter sua preparação atualizada tanto em âmbito teórico quanto prático, devendo respeitar os códigos deontológicos de ambas as profissões, podendo atuar, desde que de sua atuação não derivem novos ou maiores ônus à finança pública.

Por fim, cumpre salientar ainda, como bem pontua Gouveia, que o cidadão comum não possui o conhecimento do que vem a ser a Mediação e nem mesmo de todos os métodos que estão à sua disposição. Nesse sentido, o advogado é “a pessoa ideal para aconselhar o

²⁴⁵ Fato que por alguns é enxergado como uma “*exchange of favors*”. Por todos SILVESTRI, Elisabetta. Op. Cit. p. 80.

²⁴⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 109.

método mais adequado”²⁴⁷ a ser utilizado para solucionar o conflito. Ademais, não sendo aberta ao público, muitas vezes é a presença do advogado no procedimento que funciona como um efetivo controle externo da atuação do mediador.²⁴⁸

3.6. O ACORDO JUDICIAL

No que tange à homologação do acordo obtido, em Portugal tal possibilidade trata-se de uma faculdade, conforme art. 14 da Lei nº. 29/2013, devendo, caso seja optado neste sentido, ser apresentado em conjunto pelas partes. Durante o procedimento homologatório será verificado apenas se o mesmo diz respeito ao litígio em questão e se este poderia ser submetido à uma mediação, a capacidade civil das partes, a obediência aos princípios gerais de direito, se as partes estão agindo consoante os ditames da boa-fé, e, se não constitui abuso de direito ou violação à ordem pública.

No âmbito dos Julgados de Paz, essa homologação é obrigatória, conforme art. 56 da LJP, e será enviado ao tribunal consoante art. 273 nº. 5 do CPCpt, nos termos em que é definido pela Lei de Mediação portuguesa, ocorrendo o mesmo quando a Mediação ocorrer na pendência de um processo judicial conforme art. 45 da Lei nº. 29/2013.

De se ressaltar que a homologação da mediação pela legislação portuguesa tem importante destaque no art. 14 nº. 3 da Lei de Mediação, uma vez dispor que no processo de homologação somente será verificado se o objeto do litígio possa se submeter à mediação, se as partes possuem capacidade para a celebração do acordo, se respeito aos princípios gerais do direito, boa-fé e não constitui abuso de direito que possa violar a ordem pública. Consequentemente evitam-se os problemas relativos à confidencialidade da mediação, problema esse que vemos ocorrer em outros países e substitui a problemática previsão anterior.

Conforme previsto no §10 do art. 334 do CPCbr, o acordo oriundo da mediação será, no Brasil, reduzido a termo e homologado por sentença judicial, quando então passará a valer como título executivo judicial (art. 515 CPCbr). Caso trate-se de um procedimento extrajudicial, o termo final constituirá título executivo extrajudicial (parágrafo único do art. 20 da Lei nº. 13.140/15).

²⁴⁷ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 54.

²⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit. p. 55-56.

Na Itália o acordo das partes é regulado pelos arts. 11 e 12 do Dec. Leg. nº. 28/2010, devendo ser observadas as formalidades mínimas previstas no item 3 do art. 11, a saber: a) a menção ao local e órgão de origem certificado conforme arts. 3º e 4º do decreto ministerial nº. 180/2010 que dispõe acerca do registro dos organismos de mediação junto ao ministério de justiça italiano; b) os detalhes de tal registro; c) a qualificação do objeto do acordo como matéria civil ou comercial (art. 2º Dec. Leg. nº. 28/2010); d) a titularidade e assinatura do mediador, devidamente cadastrado em um órgão vinculado ao ministério da justiça. Não é impossível ainda considerarmos no sistema itálico a possibilidade serem previstos pagamentos para os casos de violações e inobservâncias das obrigações estabelecidas ou mesmo por atraso em seu pagamento (art. 11 item 3).

Não obstante, a eficácia executiva do acordo pode ainda ser conferida, como visto no item anterior, através de um acordo assinado pelas partes devidamente assistidas por seus representantes legais, constituindo então título executivo para a realização de uma eventual execução civil, consoante art. 12 do Dec. Leg. nº. 28/2010.

3.7. CUSTOS DO PROCESSO

Os mediadores, devido ao fato de em nenhum dos ordenamentos prever que este seja um funcionário do próprio tribunal, devem ser remunerados de forma paralela ao pagamento das taxas judiciárias.

No Brasil o mediador que atue no tribunal, devidamente cadastrado, será remunerado pelas partes nos processos em que atue conforme tabela fixada pelo tribunal do qual faz parte, com os parâmetros definidos pelo CNJ, como prevê o art. 169 CPCbr.

Caso haja um encaminhamento judicial para que a mediação seja realizada em uma câmara privada cadastrada junto ao Tribunal, à estas será determinada uma porcentagem de sessões a serem feitas de forma gratuita nos processos em que for deferida a gratuidade de justiça (como contraprestação pelo seu credenciamento, como prevê o §2º do mesmo artigo), e nos demais será livre para determinar o preço a ser aplicado e a forma de seu pagamento.

Por se tratar de um procedimento judicial, não podemos olvidar além do pagamento ao profissional que atue no procedimento (ou à câmara privada), do pagamento das custas

processuais, atendendo ao disposto no art. 82 e seguintes do ordenamento processual brasileiro.

Consoante a legislação portuguesa, a remuneração do mediador deve ser acordada entre as partes, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento privado consoante o art. 29 Lei nº. 29/2013, e atendendo ao estabelecido nos atos constitutivos ou regulatórios, conforme art. 42 desta mesma lei, quando esta se der no âmbito do sistema público.

Ademais da remuneração devida ao mediador, caso se trate de mediação realizada no âmbito do sistema público, deve ainda ser paga uma taxa pelo recurso ao sistema público de mediação, prevista no respectivo ato constitutivo ou regulatório como ordena o art. 33 da legislação supracitada, nos quais conterão ainda as previsões relativas às possibilidade de sua isenção e redução.

Em âmbito itálico, devemos nos atentar ao mencionado previamente no item 3.3, no que diz respeito às consequências relativas às custas dependerem do fato de a proposta não aceita do mediador corresponder inteiramente ou não a decisão do magistrado no processo judicial posterior.

Prevê o art. 13 do Dec. Leg. nº. 28/2010 dois efeitos a partir da decisão judicial processo ajuizado posteriormente à mediação. A primeira hipótese ocorre quando esta corresponder inteiramente à proposta do mediador e a segunda quando ocorrer uma sobreposição entre estas.

No primeiro caso, o de total correspondência da decisão judicial com a proposta do mediador, o item 1 do artigo mencionado prevê que o magistrado deverá isentar a parte vencedora do pagamento das despesas processuais e pagamento do mediador, às quais recairão sobre a parte sucumbente da demanda, que deverá, ressarcir o vencedor. Não obstante, a parte sucumbente deverá ainda pagar ao erário público um valor pecuniário a título de “*sanzione ordinaria processuale*”²⁴⁹. Em que pese a viabilidade acadêmica da

²⁴⁹ DANОВI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. Op. Cit. p. 140.

medida, como alerta a doutrina italiana, a chance de ocorrência desta hipótese é bastante remota justamente por abarcar a total correspondência.

No segundo caso, o da simples semelhança entre a proposta e a sentença, na qual não há entre elas uma inteira correspondência, hipótese do item 2 do art. 13, a obrigação do juiz de isentar o pagamento dos valores pela parte vencedora torna-se uma faculdade a cargo do magistrado a condenação do vencido ao ressarcimento, no caso de entender haverem razões suficientemente relevantes para a não aceitação da proposta naquele momento.

Não obstante, no caso de as partes italianas terem obtido êxito na busca por um acordo, como a legislação prevê sua ocorrência em instituições privadas, a remuneração do mediador irá se dar em consonância com os valores estabelecidos por cada centro de mediação.

CONCLUSÃO

Realizando um juízo conclusivo do que preteritamente foi exposto neste trabalho, não só chegamos a uma conclusão acerca do necessário pertencimento da Mediação na estrutura judiciária, mas ainda a um juízo crítico sobre qual seria a melhor forma de se regulamentar o instituto, se tivermos algum objetivo de torná-lo efetivamente utilizado e capaz de atingir seu potencial pacificador em todos os três países estudados.

Refletindo sobre o propósito da ciência processual civil, e portanto, da Justiça Civil, confrontando-a com a teoria que fundamenta os ADR, em especial a Mediação, entendemos que estes se prestam eficientemente, independente daquela teoria que entendamos como a correta, a atender todos os objetivos que a doutrina ao longo dos anos lhe vem atribuindo.

Não somente se trata de um método que buscamos tornar institucional para a resolução de conflitos, única e exclusivamente. Ademais, o recurso à este se dá em uma busca pela justa composição dos conflitos através de decisões (consubstanciadas nos acordos) precisas e eficientes, para que se dê o máximo possível de efetividade aos direitos dos jurisdicionados, aplicando o direito material em vigor e possibilitando uma ampliação da comunicação entre as partes, buscando mediatamente - e não imediatamente, como muitos irresponsavelmente pontuam -, a pacificação social.

A natureza e os fins do Direito Processo Civil não negam de tal sorte, um paralelismo coexistencial e uma regulação estatal que incorpore a Mediação na estrutura dos tribunais judiciários no real sentido de um tribunal multiportas, e muito menos afastam a possibilidade de, na estrutura judiciária e durante o trâmite processual, existirem outros métodos, que não a judicatura, para que se possa solucionar as demandas.

Tendo em vista o gênero dos ADR e suas possibilidades variadas de processamento, entendemos que a Mediação, quando possa ser invocada) é o método que mais satisfatoriamente atende aos desígnios da ciência processual, de forma menos artificial e suscetível de discussões futuras decorrentes do não cumprimento do que tenha sido acordado, devendo de tal sorte coexistir ao lado da judicatura.

Sendo assim, não sealaria em uma privatização da justiça, mas sim em uma publicização dos ADR, de modo tal que aos jurisdicionados seria conferida a possibilidade

de se recorrer a estes a qualquer tempo, principalmente à Mediação, por entendermos ser o instituto que atinge resultados mais satisfatórios a longo prazo.

Mesmo possuindo diversas e fundamentadas críticas acerca da utilização destes institutos pela doutrina, entendemos que uma regulamentação atenta e preocupada combate eficazmente os eventuais os argumentos de uma eventual aversão ao sentimento de vida em comunidade, de suscetibilidade de perpetuação de injustiças sociais, de não proteção ao direito dos vulneráveis e de um caráter antidemocrática.

Ora, não se pode olvidar que defendemos uma institucionalização dos ADR, em especial da Mediação, no seio da estrutura judiciária de um Estado. Assim, além da atuação dos profissionais responsáveis pela condução do processo, temos ainda outros participantes, nomeadamente os advogados que devem atuar no sentido sempre de resguardar e impedir que estas ocorram, sem falarmos ainda da necessidade de um controle posterior do eventual acordo por parte dos magistrados, durante seu juízo de homologação. O controle deixaria de ser feito somente por um órgão superior, acerca da atuação do julgador, e passaria pela corresponsabilização de todos os envolvidos no processo.

Ato contínuo, as maiores questões relativas à regulamentação da Mediação não residem única e exclusivamente em sua compulsoriedade. Por óbvio não se pode forçar nenhuma das partes a estar no processo autocompositivo contra a própria vontade, mas não entendemos que a necessidade de comparecer à primeira sessão de pré-mediação, na qual o mecanismo será apresentado às partes, venha a ferir tal preceito. Tal previsão apenas torna a decisão de aceitação ou recusa mais corretamente qualificada.

Ergo, o maior problema por nós enxergado é relativo ao momento em que tal obrigatoriedade se manifesta, se previamente ao ajuizamento da demanda, ou durante o trâmite judicial.

Usualmente a discussão sobre tal ponto retorna sempre ao motivo pelo qual os Estados se interessam e decidem regulamentar este método, mas assim não pode ser. Utiliza-se sempre o discurso da pacificação social e da efetivação dos direitos, por ser sempre o mais atrativo, mas mesmo que possamos considerar ser verídico, oculta um real propósito impróprio de desinflar a máquina judiciária, que igualmente deve ser igualmente uma consequência, não um objetivo, muito menos de curto e médio prazo.

Entendemos que os ADR devam ser incorporados à estrutura judicial porque assim deve ocorrer com todos os métodos que possam resguardar direitos, e serão estes tanto melhores, quanto menores forem os custos que ocasionarem, sejam estes financeiros, sociais e mesmo temporais. Qualquer outro motivo que sirva de argumento para sua invocação poderá fadar sua inserção legislativa ao fracasso e descrédito, como vem ocorrendo.

Do que ainda se pôde apurar, o conceito de acesso à justiça, como direito fundamental e internacionalmente reconhecido não se resume somente no acesso às Cortes e à uma prestação jurisdicional consubstanciada em uma decisão proveniente dos magistrados. Nos ordenamentos processuais estudados, essa percepção errônea se deu tendo em vista que os momentos de repressão aos direitos sociais que cada uma das sociedades viveu, e, como consequência direta deste momento, foi necessário garantir a estes cidadãos um acesso quase irrestrito à uma decisão a fim de coibir a violação a seus direitos.

Assim como na terceira Lei de Newton, a qual prevê que a toda ação há sempre uma reação de mesma direção e intensidade, porém de sentidos opostos, o mesmo observamos ocorrer aqui. Se por anos viveu-se períodos de restrição e violação de direitos, é natural que findo esse período haja uma ampliação, no sentido de resguardá-los ainda mais de possíveis violações. Todavia, para fazê-lo devemos ser críticos e não tecer considerações desarrazoadamente.

O transcurso temporal vivenciado desde tal ampla abertura das portas do judiciário, tornou-o incapaz de atender a demanda criada, perpetuando um estado de insegurança e violação de direitos. Além do mais, a utilização de somente de um método de solução de conflitos, a judicatura, sempre manteve o espectro de adequação do método ao conflito consideravelmente limitado, fator que pode ser a porta de entrada para as doutrinas mais privatistas.

De tal maneira, enquanto a consequência se tornar objetivo primário do legislador, o recurso a estes métodos está fadado ao insucesso. É a partir desta inversão de ordem que em nosso ver previsões grosseiramente errôneas ocorrem, como por exemplo a possibilidade italiana de o mediador poder oferecer propostas de solução, invertendo toda a lógica do instituto.

Por ser a tentativa mais evidente, antiga e ousada, o legislador italiano sempre enfrentou uma maior resistência nas vezes em que o tópico foi alvo de discussões e considerações sobre reformas. Assim, resta comprovado que o caminho para a regulamentação da Mediação não passe por condicionar o acesso à justiça à sua utilização prévia utilização, no sentido de torná-la uma condição de procedibilidade da demanda consubstanciada no real interesse de agir.

Em Portugal, pelo contrário, vemos um legislador mais maduro, consciente e preparado para enfrentar tais questões, mas que peca por um conservadorismo exacerbado nas reformas legislativas no tocante à matéria.

O risco da manutenção da presente regulamentação lusitana reside na perpetuação de uma visão ‘alternativa’ do método, sempre socialmente enxergada de forma desprestigiada, ao passo que na regulamentação italiana, a constante ‘pressão’ exercida sobre as partes para cederem a um acordo imposto, sob pena de um considerável aumento nas custas processuais, tende, cada vez mais, a afastar as partes e os advogados, quando na verdade deveria ser o inverso.

Por ter bebido das experiências pretéritas dos demais países, vemos a regulamentação brasileira como a mais completa no que tange à conferir efetividade e de fato se criar uma cultura que utilize a Mediação. Problemas estruturais à parte, inseri-la no curso processual e de forma inicial evita sobremaneira um acirramento do conflito e um dispêndio desnecessário de recursos e energia, tanto das partes quanto dos tribunais.

Em que pese recente, considerando a matéria ter sido regulada no ano de 2015, mas o que vem sendo visto é uma certa aceitação acadêmica no tocante à forma de regulamentação existente que resta completamente prejudicada pela forma como estruturalmente é – em realidade não é – tratada, tendo em vista o baixo índice de investimento na formação dos mediadores e em uma infraestrutura adequada para o prestígio que a legislação lhes conferiu.

Nesse sentido, entendemos que em Portugal deve ser criado um momento processual totalmente destinado a realização da Mediação – por óbvio nos processos cujos direitos sejam passíveis de ser transacionados. Um momento inicial que evite o acirramento

do litígio, e que igualmente evite um dispêndio desnecessário de recursos e tempo dos servidores.

No que diz respeito aos advogados, levando em consideração o desenvolvimento legislativo, da própria lógica de mercado e as alterações educacionais que vemos observando, entendemos ser uma questão de tempo até que a utilização da Mediação se torne algo natural para a profissão, que ao longo dos anos não desenvolveu como deveria o caráter negocial e comunicacional que lhe é inerente.

De forma alguma sua participação deve ser preterida, muito pelo contrário. Além de serem os profissionais que buscarão resguardar os interesses de seus clientes, serão eles os responsáveis (juntamente com o mediador) por fazer um controle do que se está negociando, mantendo um respeito não somente com a ordem legal positivada, mas com a ordem jurídica como um todo.

Mais do que somente um especialista em leis, deve ser um especialista nas relações humanas, para que delas possa extrair as raízes do conflito e seja capaz de buscar de forma mais correta a forma como este deva ser tratado. Ao fim e ao cabo, são os advogados verdadeiros médicos, que devem tratar os conflitos como doenças, e para estes, buscar o tratamento adequado através do remédio, do método de solução de conflitos, apropriado.

Não obstante, característica comum a todos os países estudados, a não incorporação dos mediadores como servidores do judiciário, ao mesmo tempo em que os desprestigia, aumenta os riscos de uma baixa remuneração pela sua atividade, afastando estes profissionais e tornando a atividade desinteressante economicamente.

Para mais, convocá-los a atuar em juízo no mesmo regime dos peritos judiciais, como uma atividade privada a ser desempenhada pode incorrer em um aumento exacerbado do montante a ser pago ao final. Logo, sendo devidos valores não só a estes, mas como ao sistema judiciário público, estar-se-ia indo em confronto à qualquer possibilidade de massificação do recurso à mediação, como se pretende.

Ainda no tocante ao Mediador, entendemos que deva ser conferida às partes a possibilidade de conjuntamente indicarem os profissionais que atuariam como mediador, não no sentido de lhes beneficiar, mas por vezes por indicarem um profissional que possua

expertise na seara discutida. Do mesmo modo, deve ser conferido ao setor judiciário responsável a possibilidade de, da mesma forma indicar o profissional adequado a atuar.

Não sendo obrigatória a formação originária ser jurídica, o contributo de mediadores de outras áreas pode em muito contribuir para a discussão da matéria. Entende-se ainda que a proibição de um contato prévio aos autos do processo não é prejudicial, pois a formação nas técnicas autocompositivas e a natureza do método não pressupõe que este profissional domine o que será discutido, apenas as técnicas conversacionais que às partes será útil.

Ademais, justamente o contrário do que prevê a legislação italiana, o correto é que haja uma total passividade do mediador no tocante à formulação de propostas. De forma a manter o respeito à autonomia das partes, a regulamentação existente deve ser no sentido de ser este um profissional que atue aproximando o diálogo das partes, tornando clarividentes seus interesses.

De tal sorte, caso não se chegue ao acordo, tal fato não impede que, em sendo vontade de ambas as partes, o processo possa retornar à mesa de mediação, mas seu trâmite natural deve ser o da transferência à judicatura, esperando-se ao menos com uma polarização menor das narrativas processuais. No caso contrário, havendo um acordo de vontades o acordo deve ser transcrito e submetido à uma homologação judicial, momento em que o magistrado verificará as condições formais e materiais do acordo, verificando em um nível mais amplos que os advogados, sua conformidade com o direito.

Diante de todo o exposto, pelo que ainda se pôde apurar, o processo e a ciência processual surgem como uma manifestação cultural de determinada sociedade, a qual se identifica e reconhece o valor daquele determinado rito procedimental.

Atualmente o que se observa dos legisladores são tentativas de inverter esta ordem e modificar (quanto antes criar) uma cultura através de uma modificação legislativa, realizando o caminho inverso do que seria o natural. Saber até que ponto tal estratégia é viável no âmbito processual e quais suas implicações pode, talvez, ser uma forma de continuar os estudos nesta matéria.

Como ensinava o sempre ilustre Professor José Alberto dos Reis nos cabe agora “acomodar as normas jurídicas às necessidades ocorrentes, de isolar os textos da pretendida

vontade que os dictou, para os considerar como produtos independentes que evolucionam sob a ação do condicionalismo social, animados dum espirito progressivo e ponderador, que a equidade e a utilidade social lhe imprimem”²⁵⁰.

²⁵⁰ REIS, José Alberto dos. *Faculdade de Direito e o seu ensino*. F. França Amado Editora. Coimbra. 1907. p. 67-68.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Robert. M. Vanishing Trial, Vanishing Community – The Potential Effect of the Vanishing Trial on America’s Social Capital. *In Journal of Dispute Resolution*. Vol. 7. 2006. pp. 165-180.
- ALFINI, James J. Risk of Coercion too Great: Judges Should not Mediate Cases Assigned to Them for Trial *In Dispute Resolution Magazine*. Vol. VI, nº. 1. 1999. pp. 11-14.
- ALMEIDA, Rafael *et al.* *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012
- ALMEIDA, Tânia. *Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos.* / Tania Almeida. Apresentações de André Gomma de Azevedo, Fátima Nancy Andrichi, Ada Pellegrini Grinover, Juan Carlos Vezzula, Samantha Pelajo, Joyce Rososchansky Markovits, Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari. -São Paulo: 2014
- ANDREWS, Neil. The New English Civil Procedure Rules (1998). *In RHEE, C.H. Van (edit). European Traditions in Civil Procedure*. Intersetia Antwerpen. Oxford. 2005.
- _____. *The Three Paths of Justice*. Springer. Dordrecht [etc.]. 2012.
- AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 6 ed. Brasília, 2016.
- _____; WALD, Arnoldo. A Advocacia Resolutiva. *In Revista de Arbitragem e Mediação*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2018. pp. 85-89.
- BARKER, Andrew. Ideas on the Purpose of Civil Procedure *In New Zealand Law Review*, 2002, pp. 437-452.
- BARRETO, António. Crises da Justiça. *In BARRETO, António [org.]. Justiça em Crise? Crises da justiça*. 1ª Edição. Publicações Dom Quixote. Lisboa. 2000. pp. 13-28.
- BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution the story of a political, cultural, and social movement*. Jossey-Bass. São Francisco. 2004. p. XXV.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BENTHAM, Jeremy. Principles of Judicial Procedure *In The Works of Jeremy Bentham*. Vol. II. Simpkin, Marshall & Co. London, 1843.
- _____. Ends of Justice on the Occasion of Judicature *In The Works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. Simpkin, Marshall & Co. London, 1843.
- _____. *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. IX. Simpkin, Marshall & Co. London, 1843.
- BUSH, Robert A. Barusch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict*. Jossey-Bass. San Francisco. 2005.

- CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Jus Podivm. Salvador. 2016.
- CAPELO, Maria José. La Médiation, une Autre Voie de Justice au Portugal? In ESPLUGUES, Carlos; MARQUIS, Louis. *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives*. Springer. Londres. 2015. pp. 547-556.
- CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. V. Parte I. CEDAM. Padova, 1950. pp. 23-51.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988
- _____. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna. Il Mulino. 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Escolar Editora. Lisboa. 2014.
- _____. *Como se faz um processo*. 1ª Edição. Pillares. São Paulo. 2015.
- CEBOLA, Cátia Sofia Marques. *Resolução Extrajudicial de Conflitos: Um novo caminho, a costumada justiça*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2008.
- CHASE, Oscar G. Culture and Disputing. In TARUFFO, Michele (ed.) *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. Kluwer Law International. New Orleans. 1999.
- CHIARLONI, Sergio. Uma Perspectiva Comparada da Crise na Justiça Civil e dos Seus Possíveis Remédios In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Vol. 228. Fevereiro de 2014.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I*. Il processo ordinario di cognizione. Il Mulino. Bologna. 2011.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª Edição. Editora Forense, 2001.
- CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra. Coimbra Editora. 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Almedina. Coimbra. 2012.
- D'AGOSTINO, Rosane. Disponível em < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>> Acesso em:25/01/2019
- DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018.
- DENARDI, Eveline Gonçalves; MOURA, Isabel Cristina de; FERNANDES, Mariana Correa. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 36, vol. esp., out. 2017, pp. 56-72.
- DIDIER JÚNIOR. *Fundamentos do princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros. São Paulo. 2000.
- DOTTI, Mario. Le dinamiche della mediazione facilitativa problem solving In DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. Martins Fontes. São Paulo, 2001.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*; trad. Ricardo Vasques Vieira. - Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- FISS, Owen M. Against Settlement. *In Yale Law Journal*, Vol. 93. 1984. pp. 1073-1090.
- _____. Out of Eden. *In Yale Law Journal*, Vol. 94. 1985. pp. 1669-1673.
- FONSECA NETO, Ubirajara da. *Curso de Direito Processual Civil: Tutela Coletiva e o Fenômeno do Acesso à Justiça* / Ubirajara da Fonseca Neto, Marcelo Pereira de Almeida, Roberto Monteiro Chaves. - Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*. 4ª Ed. GestLegal. Coimbra. 2017.
- FULLER, Lon L. Mediation – It's Forms and Functions. *In South California Law Review* Vol. 44. 1971. pp. 305-339.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade de São Paulo - USP. São Paulo. 2011. p. 58
- GALANTER, Marc. Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process. *In Journal of Legal Education*. Vol. 34. 1984, pp. 268-276
- GÉLINAS, Fabien [et al.]. *Foundations of Civil Justice: Toward a Value-Based Framework for Reform*. Springer. Londres. 2015.
- GENN, Hazel. Understanding Civil Justice. In FREEMAN Michael D. A. (ed.). *Law and Opinion at the end of the twentieth century*. Oxford University Press. Oxford. 1997.
- _____. *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press. Cambridge. 2010.
- GOMES, Conceição. *Os atrasos da Justiça*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa. 2011.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª Edição. Almedina. Coimbra. 2019.
- GRADI, Marco. La Mediazione e la Conciliazione Delle Controversie Civili In PUNZI, Carmine [coord.]. *Il Processo Civile: Sistema e Problematiche. Le Riforme del Quadriennio 2010-2013*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 305-326.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *In Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM. Padova. 1966. pp. 580-609.
- GRECO, Leonardo. GRECO, Leonardo. *Teoria da Ação no Processo Civil*. Dialética. São Paulo. 2003.
- _____. Justiça civil, acesso à justiça e garantias. *In Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V. 01, n. 04. Out-Nov. 2009. Pp. 58-81.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Desformalização do processo e deformalização das controvérsias. *In Revista de Processo*, n. 46. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987
- HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases *In Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 1, Issue 3. 2004. pp. 705-734.
- HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; XAVIER, Trícia Navarro. *O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à Lei 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo. Atlas. 2016
- HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Almedina. Coimbra. 2007
- JACOB, Sir Jack I. H. The Reform of Civil Procedural Law. *In The Law Teacher*. Vol. 14. 1980. pp. 1-30.
- _____. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª Edição. Almedina. Coimbra, 2002.
- JOHNSON, Earl. The Pound Conference Remembered. *In Dispute Resolution Magazine*. Vol. 19. Fall 2012, pp.06-08.
- KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, *In KLEIN, Reden, Cortäge / Aufsätze, Briefe I* (Wien 1927), 129 (=Klein, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*) Frankfurt am Main 1958. *Apud SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lex. Lisboa. 1997.
- LEVIN, M.; WHEELER R.R. (eds.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul (Minn.), West Pub., 1979.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei de Mediação - Comentada*. Almedina. Coimbra. 2016. p. 138.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Forense. Rio de Janeiro. 2012.
- LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in Italian Civil Procedural Law. *In Rivista Judicium*. 2011. Disponível em <<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/207/Lupoi%20III.pdf>> Acesso em 05 de abril de 2019.
- MACKIE, Karl J. *A handbook of dispute resolution: ADR in action*. London. Routledge. Sweet & Maxwell. 1991.
- MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, nationalization, internationalization*. Oxford University Press. New York. 1992.
- MÄHLER, Hans Georg; MÄHLER, Gisela. Streitschlichtung - Anwaltssache hier: Mediation. *In Neue Juristische Wochenschrift*. 1997. pp. 1262-1266. Disponível em <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1997%2Fcont%2Fnjw.1997.1262.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-1997-S-1262-N-1#S1262>>. Acesso em 07 de março de 2019.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. Ver e atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014

- MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile. I – Nozioni Introdottrive e Disposizioni Generali*. 15ª Ed. Turim. Giappichelli Editore. 2018
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.
- MARSHALL, Pam. Would ADR have saved Romeo and Juliet? In *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 36, nº. 04. Toronto. 1998. pp. 771-805.
- MAZZOLA, Marcelo. Audiência de mediação tem sido usada como subterfúgio para abusos In *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/mazzola-audiencia-mediacao-usada-subterfugio-abusos>>. Acesso em 08 de maio de 2019.
- MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Vol. I. AAFDL. Lisboa. 2012.
- MENICHINO, Cristina. La mediazione umanistica In. DANOVÌ, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. *ADR Una giustizia complementare*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018. p. 115.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world. In *William and Mary Law Review*. Vol 38. 1996. pp. 05-44.
- _____. Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR. In *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 16, nº 01, 2000, pp. 01-37.
- MESQUITA, Luís Miguel Andrade. Princípio da Gestão Processual: O ‘Santo Graal’ do Novo Processo Civil? In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 145. Nov-Dez. 2015. pp. 78-108.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 3ª Edição Ver, Atual e Ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.
- MOFFITT, Michael. Pleadings in the Age of Settlement In *Indiana Law Journal*, Vol. 80: Iss.3. Article 3, 2005, pp. 727-771.
- MOFFIT. M. L. Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer. In *Negotiation Journal*, Vol. 22. nº. 4, 2006, p. 437-443.
- MONK, Gerald; WINSLADE, John. *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*. Jossey Bass Publishers. San Francisco. 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In *Revista da EMERJ*, Vol. 01, nº 03. Rio de Janeiro. 1998.
- MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Franco Angeli. Milano. 1998.
- MOTA, Sílvia Ventura. *A representação pelo Advogado na Mediação*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2016.
- NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra. 2014.
- NEWMAN, Paul. Commercial ADR. In *Mediation in Context*. Jessica Kingsley Publishers. Londres e Philadelphia. 2000.
- NIEMIC, Robert J.; STIENSTRA, Donna; RAVITZ. *Randall. Guide to Judicial Management of Cases in ADR*. Federal Judicial Center. 2001.

- OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017.
- PAWLOWSKI, Hans Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses In Zeitschrift für Zivilprozess*, 80°. 1967. pp. 345-391.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Considerações sobre a Mediação no Direito Italiano*. Disponível em: <https://www.academia.edu/19710949/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_A_MEDIA%C3%87%C3%83O_NO_DIREITO_ITALIANO> Acesso em 03 de abril de 2019.
- PISANI, Andrea Proto. *Appunti su mediazione e conciliazione. In Revista de Processo*. n°. 187. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.
- POSNER, Richard A. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration In The Journal of Legal Studies*, Vol. 2, n°. 2 (Jun.). 1973, pp. 399-458.
- REIS, José Alberto dos. *Faculdade de Direito e o seu ensino*. F. França Amado Editora. Coimbra. 1907.
- _____. *Organização Judiciária*. Imprensa Acadêmica. Coimbra 1909.
- _____. *Breve Estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra. 1929.
- RESNIK, Judith. *Revising the Canon: Feminist Help in Teaching Procedure In University of Cincinnati Law Review*, Vol. 61. 1993. pp. 1181-1196.
- _____. *Procedural Innovations, Sloshing Over: A Comment on Deborah Hensler, A Glass Half Full, A Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation. In Texas Law Review*. Vol. 73. 1995. pp.1627-1645.
- _____. *Many Doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication. In Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 10. n. 02. 1995b, pp. 211-265.
- RHODE, Deborah L. *In the interests of justice: Reforming the legal profession*. Oxford. Oxford University Press. 2000.
- RICH, William. *The Role of the Lawyer In Brigham Young University Law Review*. 1980. pp.767-784.
- ROBERTS, Simon. *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship. In The Modern Law Review*. Vol 56. 1993, pp. 452-470
- RODOTÀ, Stefano. *Il Diritto ala Verità. In Il diritto di avere diritti*. Editori Laterza, Bari, 2012, pp. 211-231.
- RODRIGUES, Daniel Colnago. *Mediação Obrigatória no Processo Civil: Reflexões à Luz do Direito Comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (13.140/2015) In Revista de Processo*. Vol. 285. Revista dos Tribunais. São Paulo.
- RONDÓN GARCIA, Luis Miguel; MUNUERA GÓMEZ, María del Pilar. *Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales. In Trabajo Social*, n° 1.1. Bogotá. 2009, pp. 25-41.
- SANDER. Frank E. A. SANDE. *A friendly Amendment In Dispute Resolution Magazine*. Vol. VI, n°1. 1999. pp. 11-24

- _____. The Multi-Door Courthouse Settling Disputes in the year 2000. In *Barrister*, ABA Young Lawyers Div. Vol. 03, 1976. pp. 18-42.
- SCHMITZ, Suzanne. What Should we teach in ADR Courses: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation. In *Harvard Negotiation Law Review*. 2001. pp. 189-210.
- SCHENK, Leonardo. Breve histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 2, 2008.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003.
- _____. *A Nova Face da Justiça: Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.
- SILVESTRI, Elisabetta. Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. In *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè Editore. Milano. 1999. pp. 321-337.
- _____. *The Never-Ending Reforms of Italian Civil Justice*. 2011. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1903863> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1903863>. Acesso em 04 de abril de 2019.
- _____. Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy. In UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014. pp. 79-103.
- _____. Too Much of a Good Thing: Alternative Dispute Resolution in Italy In *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*. 2017. Vol. 4. pp. 77-90.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lex. Lisboa. 1997.
- _____. A Competência dos Julgados de Paz: A Alternativa Consensual. Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº. 11/2007 de 24/05/2007. In *Cadernos de Direito Privado*, nº. 22 (abril-junho). 2008. pp. 43-58.
- SUMMERS, Robert S. Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for ‘Process Values’ In *Cornell Law Review*, Vol. 60, nº. 1 November 1974, pp. 1-52.
- TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni Sul Processo Civile. I. Il Processo Ordinario di Cognizione*. Il Mulino. Bologna. 2006.
- _____. Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. In *Revista de Processo*. Vol. Vol. 152. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.
- _____. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons. Buenos Aires. 2010.
- _____. Provas e Teorias da Verdade. In *A Prova*. Marcial Pons. São Paulo. 2014. pp. 23-29.
- _____. *Ensaio Sobre o Processo Civil: Escritos Sobre Processo e Justiça Civil*. Coleção Clássicos Contemporâneos. Vol. 2. Org. e Ver. por Darci Guimarães Ribeiro. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2017

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I* / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TWINING, William. Alternative to What – Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglect Classics. *In Modern Law Review*. Vol. 56 1993, pp.380-392.
- UZELAC, Alan. Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World. *In* UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014. pp. 03-31.
- WEIDNER, Laura. Model Standards of Conduct for Mediators. *In Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 21. nº 2. 2006. pp. 547-567.
- YULIN, Fu. Social Harmony at the Cost of Trust Crisis: Goals of Civil Justice in China. *In* UZELAC, Alan (edit.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Springer. Londres. 2014, pp. 167-182.
- ZAMORA Y CASTILLO. Niceto Alcalá. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.
- ZAN, Stefano. *Fascicoli e Tribunali*. Il Mulino. Bologna. 2003.
- ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 19 de março de 2019.

_____. *Decreto nº 359 de 26 de abril de 1890*. Coleção de Leis do Brasil – 1890, Vol.1 fasc. IV. p. 684.

_____. *Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

_____. *Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

_____. *Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

_____. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015 - Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 16 de maio de 2019.

_____. *Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 - Lei de Mediação*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em 16 de maio de 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.
<https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf> Acesso em 04 de abril de 2019.

COMUNIDADE EUROPEIA. *Recomendação nº 98/257/CE de 30 de março de 1998*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998H0257&from=IT>> Acesso em: 27 de fevereiro de 2019.

_____. *Resolução nº. 13 de 13 de setembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+PDF+V0//PT>> Acesso em 04 de abril de 2019.

_____. *Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999*. Conclusões da Presidência. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm> Acesso em 26 de fevereiro de 2019.

_____. *Recomendação n° 2001/310/CE de 04 de abril de 2001*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001H0310&from=PT>> Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

_____. *Green Paper on Alternative Dispute Resolution and Commercial Law* de 19 de abril de 2002. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN>> Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

_____. *Diretiva n° 52 de 21 de maio de 2008 relativa à Mediação Civil e Comercial*. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>>

ITÁLIA. *Regio Decreto di 28 ottobre 1940*, n°. 1443 - *Codice di Procedura Civile*.

_____. *Legge n°. 108 de 11 de maio de 1990*. Disponível em < <http://www.isfol.it/systema-documentale/banche-dati/normative/2012/normative-statali/legge-11-maggio-1990-n.-108/Legge11maggio1990n.108.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2019.

_____. *Decreto-Legge n° 05 de 17 de janeiro de 2003*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 17 de 22 de janeiro de 2003.

_____. *Legge n°. 69 de 18 de junho de 2009*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 140 de 16 de junho de 2009.

_____. *Decreto-Legge n°. 28 de 04 de março de 2010*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 53 de 05 de março de 2010.

_____. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Senato della Repubblica. Tipografia del Senato. Roma. 2012.

_____. *Legge n°. 98 de 9 de agosto de 2013*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 176 de 20 de agosto de 2013.

_____. *Decreto-Legge n°. 50 de 24 de abril de 2017*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 95 de abril de 2017.

_____. *Legge n°. 96 de 21 de junho de 2017*. In *Gazzetta Ufficiale* n°. 23 de junho de 2017.

CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n°. 127 de 14 de julho de 1977*. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1977/0127s-77.html>> Acesso em 04 de abril de 2019.

_____. *Sentenza n°. 82 de 04 de março de 1992*. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0082s-92.html>> Acesso em 04 de abril de 2019.

_____. *Sentenza n°. 276 de 13 de julho de 2000*. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0276s-00.html>> Acesso em 04 de abril de 2019.

_____. *Sentenza n.º 272 de 06 de dezembro de 2012*. Disponível em <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#>> Acesso em 03 de abril de 2019.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 29 de março de 2019.

_____. *Lei n.º 78 de 13 de julho de 2001 – Lei dos Julgados de Paz*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis> Acesso em 29 de março de 2019.

_____. *Lei n.º 63 de 14 de dezembro de 2011 – Lei de Arbitragem Voluntária*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis> Acesso em 30 de março de 2019

_____. *Lei n.º 29 de 19 de abril de 2013 – Lei de Mediação*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis> Acesso em 29 de março de 2019.

_____. *Lei n.º 144 de 08 de setembro de 2015 - Lei dos Mecanismos de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2425&tabela=leis&so_miolo=>> Acesso em 29 de março de 2019.

_____. *Código de Processo Civil Português*. 19ª Edição. Almedina. Coimbra. 2019.