

JOÃO GUILHERME VERTUAN LAVRADOR

Mediação e acesso à justiça:
os impactos da mediação nos conflitos

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Doutora Susana Henriques da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2017

João Guilherme Vertuan Lavrador

Mediação e acesso à justiça:
os impactos da mediação nos conflitos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Susana Henriques da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lavrador, João Guilherme Vertuan
Mediação e acesso à justiça: os impactos da mediação
nos conflitos / João Guilherme Vertuan Lavrador ;
orientadora Susana Henriques da Costa -- São Paulo, 2017.
203

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2017.

1. Mediação. 2. Acesso à justiça; 3. Meios
alternativos de solução de conflitos. 4 - Conflito.
I. Costa, Susana Henriques da, oriente. II. Título

Nome: **LAVRADOR, João Guilherme Vertuan**

Título: **Mediação e acesso à justiça: os impactos da mediação nos conflitos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Susana Henriques da Costa.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação de mestrado não é uma caminhada simples, tampouco curta. Em verdade, essa caminhada não tem início apenas no momento em que se consuma o ingresso na Pós-Graduação, mas sim é fruto de todas as experiências e aprendizados reunidos ao longo dos anos. Os agradecimentos feitos no presente trabalho, portanto, são dirigidos a todas as pessoas que tiveram importância significativa em minha caminhada profissional e acadêmica.

Nessa jornada, especial agradecimento deve ser dirigido à Professora Susana Henriques da Costa. Seus ensinamentos, a partir do segundo ano de graduação, fizeram despertar meu interesse na ciência jurídica e especificamente no direito processual, até então adormecido em um jovem estudante de direito. Além disso, no curso dessa caminhada do mestrado, muitos foram os momentos em que seriamente cogitei desistir do presente trabalho; mas, muito por causa da plena admiração que tenho por sua personalidade e por seu conhecimento, o trabalho foi finalizado. Desse modo, meu eterno muito obrigado pela oportunidade e pelo incentivo nos momentos cruciais.

Agradeço a todos meus colegas do Dinamarco, Rossi, Beraldo & Bedaque Advocacia, nas figuras do Professor Cândido Rangel Dinamarco, Cândido da Silva Dinamarco, Maurício Giannico, Marcos dos Santos Lino e Samuel Mezzalira, os quais nos últimos anos, além do apoio diariamente fornecido, concederam-me a oportunidade de trabalhar neste escritório que é uma verdadeira família, no qual pude aprender absolutamente tudo o que sei profissionalmente. Agradeço também à colega Stephany Brito, em razão de suas numerosas idas à biblioteca da Fundação Getúlio Vargas para me auxiliar na bibliografia do presente trabalho.

Agradeço aos meus amigos de faculdade Fernando Calix Coelho da Costa, Daniel Menegassi, Alexandre Jorge dos Reis, Gustavo Mazzutti, Fernando Chiozzotto, Rodrigo Dornelles, Lais Akie, Danilo Nunes, Gisele Guedes e Yuri Horalek, pela paciência em entenderem minha constante ausência durante os últimos três anos, e por terem tornado a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco um lugar verdadeiramente inesquecível. Destes, destino agradecimento especial a Fernando Calix, pela convivência diária por três anos e pela paciência em ouvir minhas ponderações e pelas sempre proveitosas críticas.

Agradeço aos meus amigos Henrique Garcia de Araújo Jorge, João Guilherme Stoppa, Lucas Marques Teixeira, Gabriel Jurca da Silva, Rafael Bacciotti, Felipe Busnardo, Pedro Paulo Venturelli e Andrey Lavrador. Em momentos cruciais, o apoio de vocês (ainda que não soubessem) foi fundamental para a conclusão do trabalho.

Agradeço à Elisa Bilaqui, que tornou tudo isso possível ao ser peça fundamental em minha aprovação em nossa adorada São Francisco.

Agradeço ao dr. Airton Buzzo Alves e à dra. Sandra Cristina de Azevedo, por permitirem a minha participação, como observador, nas sessões de mediação do Projeto Cantareira, além de gentilmente terem disponibilizado os arquivos do programa para análise.

Agradeço, também, à minha tão amada família. Nos momentos de maior ansiedade foi a vocês que recorri, e foram vocês que me socorreram. Não há palavras para descrever meu agradecimento por vocês. Espero que, de alguma forma, possa ter retribuído tudo aquilo que depositaram em mim ao longo dos anos.

Por fim, agradeço principalmente à Maria Lucia Pereira Cetraro, companheira inseparável, amiga indispensável e base de apoio inabalável. Acredite, você foi a principal razão pela qual foi possível percorrer essa jornada, que é apenas uma parte de nossa eterna caminhada juntos. Espero poder retribuí-la com todo meu amor.

RESUMO

JOÃO GUILHERME VERTUAN LAVRADOR. Mediação e acesso à justiça: os impactos da mediação nos conflitos. 2017. 203 fls. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

A evolução dos paradigmas de Estado e da própria sociedade gera impactos sobre o entendimento acerca do direito de acesso à justiça. Ao se traçar uma evolução histórica a respeito do tema, evidencia-se a superação do entendimento de que esse direito estaria limitado ao mero ingresso no Poder Judiciário, razão pela qual atualmente compreende-se o acesso à justiça como direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. Essa moderna visão serve como fundamento para a adoção dos mecanismos alternativos de solução de disputas, dentre os quais a mediação. O acesso à justiça, a mediação e o conflito são os elementos centrais da tese. No presente trabalho, além de demonstrar a evolução do conceito de acesso à justiça, analisou-se esse direito através da perspectiva do próprio conflito, seja nos estágios anteriores à disputa (ou seja, à submissão do conflito a um mecanismo de solução de disputas), seja após a escolha da mediação como mecanismo de solução. Nesse contexto, alterando-se o foco para os consumidores da justiça e para o conflito, os impactos gerados pela mediação devem ser avaliados, especialmente para se verificar se de fato constitui um mecanismo apto a proporcionar acesso à justiça para as partes. Após a abordagem teórica, em pesquisa empírica realizada no Projeto Cantareira de Mediação, foi analisada a percepção e a satisfação dos usuários com a prática mediativa. Verificou-se uma ampla satisfação das partes com a mediação e com os resultados obtidos, um alto índice de cumprimento de acordos celebrados, uma mediana taxa de reconciliação e preservação do relacionamento entre as partes, e uma mediana taxa de percepção de transformações dos indivíduos. Conclui-se a partir das considerações teóricas e empíricas que a mediação, para proporcionar acesso à justiça, exige o emprego de técnicas adequadas e a análise da solução dada para cada caso concreto, pois uma mediação de baixa qualidade não tem o condão de proporcionar justiça e pacificação social (seja através de acordos, seja através de transformações dos indivíduos).

Palavras-chaves: mediação, acesso à justiça, meios alternativos de solução de disputas, adequação, Resolução 125/2010, conflito, trajetória, escalada, transformativa, facilitativa, pesquisa empírica

ABSTRACT

João Guilherme Vertuan Lavrador. Mediation and access to justice: the impacts of mediation in conflicts. 2017. 203 fls. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, January, 13th, 2017.

The evolution of State paradigms and of the society itself impact on the understanding about the right of access to justice. When analysing the historical evolution about this theme, it is shown the overcoming of the understanding that this right is limited to the admission in Courts, which is why it is now understood the access to justice as the fundamental right of access to a fair legal order. This modern view serves as basis for the adoption of alternative dispute resolution mechanisms, among which mediation. The access to justice right, the mediation and the conflict are the central elements of this thesis. In this paper work, in addition to demonstrating the evolution of the concept of the access to justice right, it was analyzed this right through the perspective of the conflict, either in the previous stages of the dispute (that is, the submission of the conflict to a dispute resolution mechanism), or after the choice of the mediation. In this context, shifting focus to consumers of justice and conflict, the impacts generated by mediation should be evaluated, especially in order to verify whether it is in fact a mechanism capable of providing access to justice for the parties. After the theoretical approach, in empirical research carried out in Projeto Cantareira de Mediação, it was analyzed the perception and the satisfaction of the users with the mediative practice. It was verified a broad satisfaction of the parties to the mediation and its results, a high rate of compliance with the agreements, a medium rate of reconciliation and preservation of the previous relationship of the parties, and a an average perception rate of parties' transformation. It is concluded from the theoretical and empirical research that mediation, in order to provide access to justice, requires the use of appropriate technics and the analysis of the outcomes in each case, because a low-quality mediation does not provide justice and social pacification (either through agreements, or through parties' transformations).

Key words: mediation, access to justice, alternative dispute resolution, adequacy, Resolution 125/2010, conflict, escalation, transformative, facilitative, empirical research

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	21
2.1. Uma breve incursão histórica: o acesso à justiça nos paradigmas de Estado Liberal e Social	21
2.2. O movimento de acesso à justiça	28
2.3. O acesso à justiça como direito fundamental	34
3. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	45
3.1. O acesso à justiça pelo instrumento estatal de resolução de controvérsias	45
3.2. Os mecanismos alternativos como instrumento adequado de acesso à justiça	52
3.3. Os mecanismos alternativos como filtro de acesso à Justiça (<i>rectius</i> , Poder Judiciário)	69
4. A TEORIA DO CONFLITO	81
4.1. A sociedade e o conflito	81
4.2. O conceito de conflito	85
4.3. Aspectos relevantes e os elementos do conflito	93
4.4. O processo do conflito e a sua trajetória	102
5. OS IMPACTOS DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS	109
5.1. Contextualizando a mediação - apontamentos históricos	111
5.2. A evolução da prática da mediação no Brasil	115
5.3. As premissas fundamentais e o conceito de mediação	117
5.4. As diferentes perspectivas e os objetivos da mediação	124
5.5. As premissas da Escola de Harvard e a influência no conflito	132
5.6. A mediação transformativa e seu impacto no conflito	139
5.7. A mediação sob a ótica do estágio do conflito	145
6. PESQUISA EMPÍRICA NO SETOR DE MEDIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTANA (PROJETO CANTAREIRA DE MEDIAÇÃO)	155
6.1. A pesquisa empírica e os aspectos gerais sobre a metodologia adotada	155
6.2. O Projeto Cantareira de mediação	165
6.2.1. A implementação do Projeto Cantareira	165
6.2.2. O funcionamento do Projeto Cantareira	166
6.3. Os números obtidos nas entrevistas	168
6.3.1. A satisfação das partes com o processo de mediação	168

6.3.2. A satisfação das partes com o resultado, os acordos celebrados e o cumprimento dos acordos	169
6.3.3. Os impactos positivos da prática mediativa nos conflitos	171
6.4. Os resultados da pesquisa empírica qualitativa	172
6.4.1. As pessoas envolvidas com a mediação	172
6.4.2. A importância de uma triagem adequada dos conflitos e os resultados da mediação	174
6.4.3. A justiça do processo	177
6.4.4. Pós-mediação: impactos nos relacionamentos e nas pessoas	179
6.4.5. Considerações finais	181
7. CONCLUSÕES	185
8. BIBLIOGRAFIA	191

1. INTRODUÇÃO

A partir de um determinado momento, o Estado assume o monopólio sobre a resolução dos conflitos, vedando uso da “justiça pelas próprias mãos”, sendo necessário acionar o aparato estatal para a solução do conflito existente para que exercitasse a jurisdição.

A jurisdição possui, basicamente, três aspectos: em seu caráter de *poder*, é a própria manifestação do poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor suas decisões; como *função*, aduz à responsabilidade que o Estado tem de pacificar o conflito com justiça; e, por fim, em seu aspecto *atividade*, a jurisdição é o complexo de atos do juiz exercendo o poder e cumprindo a função que a lei impõe¹.

O escopo inicial atribuído à jurisdição (escopo jurídico) era garantir que as regras de direito contidas no ordenamento efetivamente conduzissem aos resultados ali estabelecidos. Ou seja, havendo um descumprimento da norma prevista, forma-se ali uma crise jurídica e sociológica, cabendo ao Estado resolver o impasse e conferir efetividade à norma². É nítido, portanto, que em sua concepção clássica a jurisdição tinha como enfoque principal a sua natureza *estatal*³, com o escopo de solucionar o conflito social, através da substituição da vontade das partes.

Todavia, a evolução do conceito de jurisdição acabou por alargar os seus escopos, não mais compreendidos apenas em seu aspecto jurídico (para CHIOVENDA, a atuação concreta da lei; para CARNELUTTI, a justa composição da lide), mas também para dois outros escopos primordiais do processo: escopo político e escopo social.

¹- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

²- “Onde e quando a norma legal não logra obter adesão espontânea dos destinatários, deixando irrealizado seu conteúdo axiológico-impositivo, forma-se uma crise jurídica (de certeza, de satisfação, de segurança), que, à sua vez, traz subjacente uma crise sociológica. (...) Em face da vedação da justiça de mão própria, o Estado é convocado a intervir nos conflitos intersubjetivos e nos metaindividuais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 48).

³- “À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. I*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 298).

O escopo social é, basicamente, o objetivo do Estado em pacificar os conflitos com justiça⁴, sendo essencial que a decisão emanada pelo Estado seja prolatada com base no critério de justiça, apta a pacificar a crise social existente.

Já o escopo político possui três aspectos: *i*) afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente, conferindo estabilidade das instituições estatais; *ii*) concretizar o culto à liberdade, mediante a defesa dos grupos e indivíduos através do processo; *iii*) assegurar a participação dos cidadãos, individualmente ou considerados através de um grupo, com a implementação de determinados mecanismos destinados à participação política (por exemplo, a ação popular).

Uma das grandes vantagens dessa visão abrangente a respeito dos escopos da jurisdição, incorporando ao escopo jurídico também os escopos social e político, foi permitir a adoção dos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias. Isso porque a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, menosprezando outros meios de pacificação, constitui um desvio de perspectiva sobre os próprios escopos do processo, uma vez que a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa⁵.

O sentido contemporâneo de jurisdição deve estar desconectado à noção de Estado, ligando-se mais à ideia de que as lides devem ser solucionadas com justiça, mesmo fora e além da estrutura clássica do processo judicial⁶.

Confira-se, nesse sentido, o entendimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios

⁴- “É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. Por insatisfação entenda-se um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p.189).

⁵- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. I*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 118.

⁶- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 53.

alternativos para solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei – i.é, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas, tanto quanto esta, têm o escopo pacificador, que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno”⁷.

A adoção de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias vem em bom tempo. Vive-se, atualmente, o fenômeno de explosão de litigiosidade, o que acaba por gerar uma crise na administração da Justiça e uma crise do próprio Poder Judiciário. A solução adjudicada, através da intervenção estatal, acaba por acarretar uma duração excessiva do processo e um alto custo econômico para as partes, levando à baixa credibilidade da população em relação à justiça estatal (lenta, onerosa e imprevisível)⁸. Justiça lenta é “*denegata giustizia*”⁹.

Diante desse contexto em que ganham força os mecanismos alternativos (*rectius*: adequados) de resolução de conflitos, faz-se mister analisar os fundamentos que permitem a adoção desses mecanismos e, em especial, analisar o instituto da mediação. Nesse sentido, especialmente no Brasil, destaca-se que o legislador vem dando cada vez mais importância aos métodos alternativos de solução de disputas, razão pela qual a previsão da mediação foi um dos comemorados avanços do Código de Processo Civil de 2015¹⁰, avanço que culminou na promulgação da lei federal n. 13.140/2015, dedicada a regulamentar a prática mediativa.

Aliás, em razão dessas previsões legais, o ordenamento jurídico brasileiro passa a direcionar a solução do conflito também aos mecanismos alternativos, adotando um sistema multiportas de solução de controvérsias, com vistas a garantir a efetividade do processo e proporcionar aos jurisdicionados o acesso à justiça justa.

⁷- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional, fundamentos do processo civil moderno*, t. II, 3ª ed., Malheiros, 2000, p. 837.

⁸- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 12.

⁹- FAZZALARI, Elio. *Problemi e prospettive del processo civile*, in. *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 343.

¹⁰- “Nesse sentido, é fora de dúvida que o CPC/2015 tem como pilar o princípio e o dever de estímulo a solução consensual dos litígios. O princípio foi estabelecido como norma fundamental, na parte geral do Código, e atinge inclusive todos os demais processos e procedimento não-codificados pela função estruturante que esta parte geral exerce no ordenamento (re)codificado” (ZANETI JÚNIOR, Hermes.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 6).

Dentro desse contexto, a presente dissertação tem como objetivo analisar de que forma a mediação pode ser considerada um mecanismo de solução de controvérsias que proporcione aos jurisdicionados o direito de acesso à justiça, principalmente através da verificação dos impactos que a mediação pode ocasionar nos conflitos. Pela análise conjunta do acesso à justiça, da teoria do conflito e da mediação, buscar-se-á reaproximar os “*trigêmeos intelectuais*” que ganharam relevância nos estudos jurídicos a partir de 1970, conforme destacado por Marc Galanter¹¹.

A presente dissertação está dividida em cinco capítulos, além da introdução e da conclusão.

Após essa introdução, no capítulo 2 será analisado o direito fundamental de acesso à justiça, realizando-se uma incursão histórica para a compreensão desse direito nos diferentes paradigmas de Estado, além da análise do movimento que colocou o acesso à justiça como foco dos estudos do direito processual. A partir dessas considerações, realizar-se-á um estudo sobre natureza do acesso à justiça como direito fundamental, utilizando o diálogo com o Direito Constitucional para a compreensão da questão.

No capítulo 3 será analisado o acesso à justiça em relação aos mecanismos de solução de conflitos. Inicialmente o estudo irá ser direcionado ao mecanismo estatal de solução de controvérsias, verificando de que maneira o direito de acesso à justiça deve ser garantido além do mero acesso ao Poder Judiciário. Isso porque o acesso à justiça pressupõe a resolução do conflito através do mecanismo adequado, razão pela qual também serão abordados os fundamentos para a adoção dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, os quais não devem ser adotados como filtro de acesso à Justiça.

No capítulo 4 serão abordados o conceito, os elementos e a trajetória do conflito, cuja análise aprofundada é importante para a escolha do mecanismo mais adequado à sua solução e para proporcionar o diálogo interdisciplinar exigido pelos mecanismos autocompositivos de solução, além de permitir sejam colocados em relevância também os antecedentes da disputa.

O capítulo 5 trata especificamente dos impactos que a mediação pode ocasionar no conflito. Será realizada uma abordagem histórica para compreender os

¹¹- GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan/jun-2015.

fundamentos da mediação nos Estados Unidos e no Brasil, bem como serão expostas as premissas fundamentais da mediação. Após essas considerações, será feita a análise dos impactos da mediação nos conflitos e de que modo a mediação proporciona o acesso à justiça aos jurisdicionados.

O capítulo 6, através de pesquisa empírica realizada no programa de mediação desenvolvido no Projeto Cantareira, busca comprovar ou desmentir se prática da mediação constitui instrumento de acesso à justiça, e de que maneira a mediação gera impactos nos conflitos que são submetidos a ela.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

2.1. Uma breve incursão histórica: o acesso à justiça nos paradigmas de Estado Liberal e Social

Em razão do chamado *movimento de acesso à justiça*, considerado uma das grandes transformações pelas quais a ciência e o pensamento jurídico passaram nos últimos anos¹², o tema do acesso à justiça foi alçado a um papel fundamental nos estudos jurídicos-sociológicos contemporâneos. Neste capítulo inaugural, far-se-á uma análise do acesso à justiça em sua concepção história e atual, tendo em vista a superação de sua concepção de mero *acesso aos tribunais*, traçando-se uma linha evolutiva da luta do homem pela afirmação de seus direitos fundamentais¹³.

O significado da expressão acesso à justiça, assim como qualquer outro conceito jurídico, acaba por sofrer mutações e alterações de interpretação com o decurso do tempo, refletindo certas peculiaridades da sociedade e do modelo político-econômico-filosófico em que está inserido¹⁴. A evolução da sociedade condiciona a maneira como os direitos são interpretados, de modo que a sucessão dos diferentes tipos de Estado influencia na própria conceituação de *acesso à justiça*.

Como se sabe, em determinado momento histórico o Estado assumiu o monopólio sobre a resolução dos conflitos intersubjetivos existentes na sociedade, evitando assim a solução dos litígios através do uso da força (autotutela)¹⁵, considerada hoje um modo

¹²- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, vol. 61, p. 144, jan/2011.

¹³- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 3.

¹⁴- “[...] a expressão acesso à justiça não se manteve unívoca a longo do tempo, mas foi sofrendo alterações semânticas, mormente desde o último quartel do século passado até esta parte, o que bem se compreende, já que tal vernáculo é aderente a uma certa realidade sociopolítico-econômico-cultural (e não apenas a um dado contexto judiciário), por modo que o sentido de tal acesso foi sofrendo alterações em sua extensão-compreensão [...]. Dito de outro modo, a questão hoje transcende o tradicional discurso do acesso ao Judiciário, para alcançar um patamar mais alto e mais amplo, qual seja o direito fundamental de todos, num Estado de Direito, a que lhes sejam disponibilizados canais adequados e eficientes de recepção e resolução dos conflitos, em modo justo, tecnicamente consistente e em tempo razoável” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, RT, 2011, p. 33).

¹⁵- “Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*) veio outro, que se caracterizou pela invasão da área antes não pertencente ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença [...]. Com ela, completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para o conflito de interesses” (CINTRA,

absolutamente precário de resolução de controvérsias, por não garantir a *justiça* do resultado obtido, mas tão-somente a vitória do mais forte sobre o mais fraco.

A assunção pelo Estado da regulação dos conflitos e reivindicações existentes ao interno da sociedade foi aumentando na medida em que as bases do Estado de Direito se fortaleciam e, também, iam se fortalecendo os direitos fundamentais da pessoa humana¹⁶, em especial os da chamada segunda geração de direitos fundamentais. Destarte, em face dessa quase completa vedação da justiça pelas próprias mãos, cabe ao Estado ser convocado para examinar as pretensões das partes e solucionar o conflito existente, exercendo, portanto, a chamada jurisdição¹⁷.

A jurisdição, no entanto, é inerte e, para que possa ser exercida, caberá ao interessado – titular de uma pretensão resistida – provocar os órgãos responsáveis a pacificar os conflitos com justiça. Diante de uma situação de lesão a um direito subjetivo, envolvido em uma crise social, aos indivíduos deve ser garantido o acesso aos tribunais (ou outros órgãos aptos a resolver o conflito, conforme será visto alhures), de modo a garantir a proteção da esfera jurídica do indivíduo¹⁸.

Confira-se, nesse sentido, DUARTE:

“Vedada como regra a auto-tutela (art. 1º do CPC), é por intermédio do processo jurisdicional que se vai garantir, em caráter subsidiário (e aqui diz-se subsidiário porque a heterocomposição dos litígios tem lugar quando a auto-composição resulta inviabilizada), a efetivação dos direitos subjetivos e a proteção dos interesses legalmente protegidos. [...] É precisamente a garantia do processo que dá condições de praticabilidade às posições jurídico-subjetivas individuais em situações de crise, garantindo a proteção da esfera jurídica subjetiva quando esta queda violada”¹⁹

Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 41).

¹⁶- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 48.

¹⁷. “Com o fortalecimento do Estado, porém, foi possível criar mecanismos próprios não só para a declaração da vontade concreta da lei, como também para impor as decisões proferidas por terceiros que eram encarregados pelo próprio Estado de toma-las, de forma imparcial, já que estranhos ao litígio posto entre as partes (os juízes). Mas não é só, quanto mais se fortalecia o conceito de Estado e de suas funções, maior era a imposição deste sobre os particulares, até o ponto em que foi possível vedar a autotutela e impor aquele tipo de ‘arbitragem’, que era praticada pelo próprio Estado, não facultativa e não privada. Surge, assim, a justiça pública através da qual os juízes – em substituição às partes que ficam impedidas de fazer justiça com as próprias mãos – examinam pretensões e resolvem conflitos, exercendo, portanto, a jurisdição” (AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 8-9).

¹⁸- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 15.

¹⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 16-17.

Todavia, é importante ter em mente que, embora o acesso ao juízo seja uma das faces do que se convencionou chamar de *acesso à justiça*, este último possui um conceito mais amplo e, assim como qualquer outro conceito jurídico, acaba por sofrer mutações e alterações de interpretação com o decurso do tempo, conforme já mencionado alhures.

Faz-se mister, portanto, analisar de que modo o acesso à justiça é entendido perante os diferentes e principais paradigmas de Estado²⁰ - quais sejam, o Estado Liberal e o Estado Social (também chamado de Estado providência).

À época do Estado Liberal o acesso à justiça era considerado como mero direito de ingresso em juízo. Historicamente, o Estado Liberal surge no século XVIII em uma nítida oposição ao Estado Absolutista (no qual o Estado tinha poderes ilimitados, intervindo em todos os setores sociais), possuindo como origem os movimentos burgueses e tendo como momento determinante a Revolução Francesa. A premissa básica desse Estado Liberal era o acordo estabelecido entre os indivíduos daquela sociedade, dentro dos limites necessários a uma convivência pacífica e duradoura, imputando à burguesia o exercício do poder de decisão, através da função legislativa, cabendo ao Estado a estruturação no ordenamento jurídico²¹.

O surgimento do Estado Liberal representa a inversão do ponto de vista organicista rumo ao ponto de vista individualista, no qual o indivíduo passa a ser fonte do poder, dotado de primazia sobre a sociedade, que deve ter como finalidade fundamental a conservação dos direitos básicos do indivíduo. Segundo BOBBIO, “numa concepção orgânica da sociedade, as partes estão em função do todo; numa concepção individualista, o todo é resultado da livre vontade das partes”²².

Sendo assim, o Estado e a sociedade civil cada vez mais se rivalizavam, tornando-se ainda mais marcada a distinção entre o público e o privado, a fim de prefixar os limites da atuação estatal sobre a vida social²³. Daí é que exsurge o Estado de Direito,

²⁰- Para uma análise do período antigo e medieval, anteriores ao período moderno. v. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 3-14.

²¹ - RANIERI, Nina Beatriz. *Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 36, ano 9, julho-setembro 2001, p. 135-161.

²²- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. COUTINHO, C. N. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 119.

²³- “Devido ao distanciamento das esferas pública e privada, promovido pela rígida demarcação das áreas de atuação da sociedade civil e do Estado, firma-se no plano das relações sociais o que BOBBIO denominou ‘a grande dicotomia’: ao público e ao privado passam a corresponder regimes jurídicos diversos (com o passar

correspondendo ao Estado apenas a preservação da soberania e da ordem pública, pois o restante das áreas da vida social está sob a regulamentação da iniciativa privada. É neste momento histórico que surgem os direitos fundamentais de primeira geração – aqueles em que ao Estado cabe abster-se, permitindo ao cidadão a fruição de suas liberdades.

Em razão desse paradigma liberal, o Direito acaba concebido como uma ordem, um sistema fechado de regras e normas, cujo objetivo é estabilizar as expectativas generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo. A lei, portanto, fixa os limites de atuação de todos, inclusive dos órgãos públicos, que se encontram vinculados aos ditames expressos na legislação (princípio da legalidade).

O Poder Judiciário, deste modo, tem como atividade norteadora justamente garantir as regras mínimas, preservando a liberdade individual e a autonomia da vontade, que são os elementos mais característicos do Estado Liberal, limitando-se a ser um operador neutro, imparcial e passivo, estando a sua atividade limitada à aplicação objetiva do direito legislado pela burguesia aos fatos concretos²⁴.

Nesse contexto social, político e jurídico²⁵, a interpretação do acesso à justiça era bastante restrita, limitando-se a sua conceituação ao próprio acesso ao judiciário, ou seja, ao direito de ação, em razão do aspecto absolutamente individualista dos direitos vigentes à época e da pouca importância dada ao Poder Judiciário²⁶.

do tempo, o interesse público virá a prevalecer sobre o privado). É também nesse contexto que se firma a noção do Estado ‘gendarme’, guardião da liberdade e da igualdade, mantenedor da ordem pública” (RANIERI, Nina Beatriz. *Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 36, ano 9, julho-setembro 2001, p. 141.

²⁴- “A jurisdição estatal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal” (LUCAS, Douglas Cesar. *A crise funcional do estado e o cenário da jurisdição desafiada*, In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 178).

²⁵- “As declarações de direitos eram apenas nominativas, e a Constituição tinha por principal função ordenar os diversos ramos do Poder. O Estado Legalista era reativo e deixava ao Poder Judiciário apenas a fatia corretiva, ou seja, a justiça retributiva e a defesa dos direitos individuais dos cidadãos. O direito era dominado pelas codificações (era dos Códigos), adotando-se o modelo do sistema fechado e completo, com pouco ou nenhum espaço para a atividade interpretativa. Marcava-se rigidamente a *summa divisio*: direito público/direito privado. Este modelo identifica-se, dessarte, com uma justiça para a manutenção do *status quo*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia*. In: O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 38).

²⁶- “[...] a independência dos tribunais assenta em três dependências férreas. Em primeiro lugar, a dependência estrita da lei, segundo o princípio da legalidade; em segundo lugar, a dependência da iniciativa, vontade ou capacidade dos cidadãos para utilizarem os tribunais, dado o caráter reativo da intervenção destes; em terceiro lugar, a dependência orçamental em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, na determinação dos

Assim, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se para as questões relacionadas ao direito invocado pelo autor, pois se acreditava que nisso se resumia a distribuição da justiça²⁷. O Estado liberal não tinha como escopo a atuação na esfera individual dos indivíduos, não havendo a preocupação do Estado em afastar a pobreza e alcançar a justiça, apenas em garantir o acesso formal (*igualdade formal perante a lei*) dos indivíduos ao Judiciário²⁸.

No entanto, ao final do século XIX e início do século XX, especialmente em razão da Revolução Industrial e, posteriormente, da Primeira Grande Guerra, verificou-se um grande crescimento nas desigualdades sociais e econômicas em razão da concentração e acumulação de riquezas pela burguesia industrial, o que abalou os alicerces do Estado Liberal e deu origem a uma nova disputa, agora entre burguesia e proletariado.

Nascem, nesse contexto, as bases do Estado Social²⁹, uma vez que o Estado Liberal, com sua natureza individualista, não mais consegue dar respostas eficientes às crises sociais, econômicas e políticas. Para BOBBIO, “*da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se considerem continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX*”³⁰.

recursos humanos e materiais adequados para o desempenho cabal da função judicial. Podemos, pois, concluir que neste período a posição institucional dos tribunais os predispôs para uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotina e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada” (SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996).

²⁷- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à Justiça*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 61-62.

²⁸- “Além de retrospectivo, o poder judicial é reativo, ou seja, só atua quando solicitado pelas partes ou por outros setores do Estado. A disponibilidade dos tribunais para resolver litígios é, assim, abstrata e só se converte numa oferta concreta de resolução de litígios na medida em que houver uma procura social efetiva” (SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996).

²⁹- “O estado abandona sua postura liberal, deixando de ser mero guardião das liberdades políticas para se tornar protagonista no cenário econômico. As bases políticas se ampliam, o sufrágio é, agora, universal, novos atores ingressam na cena política e novas demandas se colocam no mercado político. O social se insinua e se expande, em detrimento do individual, e a autonomia privada retrocede sob o impacto do dirigismo contratual, surgindo novas figuras negociais em que o conteúdo dos contratos é quase de todo subtraído ao poder dispositivo dos contratantes. O coletivo se faz presente no processo econômico e no processo político, transformando-se rapidamente a antiga sociedade de vizinhos em sociedade de massa” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 91).

³⁰- *Igualdade e Liberdade*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 2000, p. 22.

O Estado Social tem como objetivo final o atendimento ao bem comum, satisfazendo os direitos fundamentais dos cidadãos, garantindo a igualdade material entre os membros da sociedade³¹. Isso porque tornou-se imperativo que as garantias proclamadas pelo Estado Liberal passassem a ser efetivadas, deixando de ser previsões meramente formais e sem aplicação concreta (o que levava o proletariado e as classes economicamente mais baixas a ficarem sem instrumentos de proteção). Note-se, pois, que há uma alteração do enfoque subjetivo, visto que o aspecto individualista-liberal dá lugar a um enfoque coletivo e social.

O Estado, diante da pressão social, passa a adotar uma postura mais ativa, intervencionista, elaborando e editando leis com o escopo de materializar os direitos fundamentais consagrados nas constituições, em especial daqueles que estavam socialmente marginalizados³². É justamente essa necessidade de intervenção do Estado para assegurar direitos recém instituídos, principalmente no campo social (o que não era permitido no jogo de livre-mercado individualista do Estado Liberal), que caracteriza o Estado Social.

A passagem de um sistema liberal para um sistema de bem-estar social (e, destarte, de um Estado apenas interessado em assegurar formalmente o conteúdo dos direitos e liberdades para um Estado preocupado com o cumprimento de seus fins) tem como consequência a necessidade de se garantir à população a igualdade material, a distribuição de bens, a concretude de seus direitos subjetivos, dentre os quais a justiça. Sendo assim, exige-se uma atuação mais efetiva do Judiciário, o qual deixa de apenas declarar o conteúdo da lei, para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos que interpretem e apliquem a lei³³.

O acesso à justiça, com isso, passa a constituir uma política, traçada pelas cartas constitucionais, para se obter os direitos sociais que haviam de ser assegurados aos

³¹- “A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p.126).

³²- “Começava-se a difundir a ideia de que o mero elenco de direitos não era suficiente para garantir igualdade e liberdade reais e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a materialização daqueles direitos consagrados em Declarações (ou mesmo em constituições); percebe-se que, além de se afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o hipossuficiente” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 252).

³³- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 16

indivíduos³⁴; em outros termos, nesse momento histórico, o acesso à justiça estava ligado ao desafio de dar efetividade aos direitos reconhecidos e positivados pelo Estado³⁵. O direito de ação ou mero ingresso em juízo, portanto, não mais era suficiente sob esse prisma do Estado Social, que buscava a realização concreta dos fins almejados pelo homem³⁶.

Esta visão sobre o acesso à justiça busca equilibrar as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídica e igualdade formal, a partir da visão protetiva do Estado de Bem-Estar social³⁷. Os processualistas passam a se preocupar com os valores sociais e políticos do processo, que projetam seus escopos para além de sua finalidade jurídica, bem como passam a se preocupar com a adequação da técnica processual a esse novo panorama, na busca de conferir maior efetividade ao sistema processual³⁸.

O principal exemplo dessa nova visão conferida ao *acesso à justiça* foi a elaboração do Projeto Florença de Acesso à Justiça, responsável real pela difusão do

³⁴- “[...] o desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa seletividade inclusiva. Altera-se significativamente a relação entre os Poderes do Estado, e a independência política do Poder Judiciário torna-se um grande dilema. O judiciário é constitucionalmente obrigado a intervir em espaços tradicionalmente reservados ao Executivo para garantir direitos sociais e a se manifestar sobre um novo campo de litigiosidade, marcadamente coletivo e de orientação fortemente política” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. Revista USP, n. 21, São Paulo, mar-abr/1994).

³⁵- Houve, nesse contexto, uma concentração de esforços para reafirmar, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em todas as constituições do planeta, os valores fundamentais da justiça e da dignidade humanas, internalizando os ditames do novo documento nos ordenamentos positivos através de normas jurídicas de eficácia vinculativa – não só para os particulares, mas também para o legislador e o administrador” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 39-40).

³⁶- “*la temática del acceso a la justicia ecuadra dentro de los fundamentos y alcances de los derechos genéricos de la persona humana. De ahí que se haya calificado a la acción procesal como un derecho a la justicia*” (BERIZONCE, Roberto O. *O efectivo acceso a la justicia. Proposta de un modelo para el Estado Social de Derecho*. La Plata, LEP, 1987, p.9-10).

³⁷- “Outra concepção do acesso à justiça permeou-se da ideia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com escopos sócio-político-jurídicos perfeitamente definidos. Essa perspectiva descobre e realça os valores sociais e políticos do processo, a par dos jurídicos. Essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica; mas também relevou o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional” (CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à Justiça*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 62).

³⁸- NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 30-31.

interesse científico sobre o tema do *acesso à justiça*³⁹, e que deu origem ao chamado “movimento de acesso à justiça”⁴⁰, que serão detalhados a seguir.

2.2. O movimento de acesso à justiça

O Projeto Florença sobre o acesso à justiça resultou de uma grande mobilização de diversos cientistas sociais, com o escopo de investigar os sistemas judiciais de 23 países participantes do Projeto entre os anos de 1973 e 1978, sob a coordenação do jurista Mauro Cappelletti e com financiamento da Ford Foundation.

Assumiu-se, conforme os aspectos sociais vigentes nesse período, a premissa de que a justiça social (distributiva) tinha como princípio básico o acesso à justiça, defendendo-se uma reforma de amplo espectro para possibilitar o alcance da justiça ao cidadão comum em busca da efetivação de seus direitos. A preocupação era, na verdade, com a noção de igualdade material, com a garantia de efetivação dos direitos (e não apenas sua proclamação)⁴¹.

Para CAPPELLETTI e GARTH, a efetividade perfeita do acesso à justiça só seria alcançada com a completa igualdade de armas, ou seja, que a conclusão final dos processos estivesse apenas relacionada ao mérito invocado, e não por diferenças ou obstáculos enfrentados pelas partes para afirmar ou reivindicar seus direitos⁴².

Tendo em vista que essa realidade é absolutamente utópica, em razão da diferença existente entre as partes quando estão em juízo, em especial pelas vantagens

³⁹- “O termo ‘acesso à justiça’ foi definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação, em 1979, dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto Florença. Os trabalhos tornaram-se referência no mundo inteiro” (SANTOS, Gustavo Ferreira. *Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, Juspodivm, p. 80).

⁴⁰- “Inserido no contexto mundial pós-guerra de expansão de direitos e remédios legais e judiciais, o movimento de acesso à justiça buscava ampliar os caminhos e as instituições (judiciais ou não), perante as quais um indivíduo poderia buscar justiça. O marco histórico desse movimento é o conhecido projeto Florença, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa e pelo Ministério de Educação da Itália. O projeto, dirigido por CAPPELLETTI, resultou na edição de inúmeros volumes de pesquisa comparativa e consolidou uma visão mais ampla de acesso à justiça que a anteriormente limitada ao simples ingresso no Poder Judiciário” (COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*, Civil Procedure Review, v. 7, p. 38-68, 2016).

⁴¹- NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 35.

⁴²- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 15).

auferidas pelos litigantes habituais em face dos litigantes eventuais⁴³, tornou-se necessária a identificação dos obstáculos encontrados ao acesso à justiça.

CAPPELLETTI e GARTH, em um primeiro momento, reduziram todos os obstáculos a três tipos, quais sejam: i) obstáculos de ordem econômica; ii) obstáculos relacionados à “possibilidade das partes”; iii) obstáculos de natureza processual (em especial aos problemas dos interesses difusos)⁴⁴.

Em um segundo momento da pesquisa, CAPPELLETTI e GARTH assumiram um novo enfoque, passando a analisar possíveis soluções aos obstáculos anteriormente encontrados. Para tanto, elaboraram três estratégias, que denominaram três ondas renovatórias.

Nas palavras dos próprios autores, “podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”⁴⁵.

Tendo sido fixados nos ordenamentos jurídicos ocidentais os alicerces relativos às duas primeiras ondas (no direito brasileiro, mais especificamente, através da lei federal n. 1.060/50, que instituiu a assistência judiciária gratuita, e também através da edição das leis federais n. 7.347/85 e 8.078/90 – Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do

⁴³- GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Law and society review. Vol. 9, 1974.

⁴⁴- Os obstáculos de natureza econômica estão relacionados ao custo para de uma demanda judicial proposta para a resolução dos conflitos. Os gastos envolvidos no processo são, precipuamente, custas processuais e honorários advocatícios, incluindo os de uma eventual sucumbência (para os países que adotam tal sistema). Esses obstáculos representam uma séria limitação ao alcance da justiça pois acaba por vincular a efetiva tutela jurisdicional ao (necessário) gasto econômico das partes, para movimentar o aparato judicial, que detém o monopólio da jurisdição. Os obstáculos relacionados à “possibilidade das partes” estão relacionados à noção de que alguns litigantes gozam de vantagens e desvantagens estratégicas e competitivas sobre outros litigantes. Em que pese ser assegurada a igualdade de todos perante a lei, a realidade social evidencia o despreparo estrutural e a (in)experiência de alguns litigantes sobre os outros, o que acaba por influenciar o resultado das demandas. Por fim, os obstáculos de natureza processual, em especial os problemas relacionados aos interesses difusos, estão relacionados à então inexistência de mecanismos processuais e instrumentos jurídicos adequados para a sua tutela.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 31.

Consumidor, respectivamente – que disciplinaram mecanismos processuais para a tutela dos interesses metaindividuais), pode-se afirmar que há necessidade de efetivação da terceira onda renovatória proposta por CAPPELLETTI.

Isso porque deve ser reconhecido que o alcance das duas primeiras ondas renovatórias, embora tenha trazido significativo avanço no tema, é ainda limitado. A terceira onda renovatória, que propõe um novo enfoque ao acesso à Justiça, bem como a necessidade de transposição de suas barreiras remanescentes, ampliando o alcance desta garantia, está intimamente relacionada com o “modo de ser do processo”, vislumbrando a necessidade de aprimoramento interno do sistema para o efetivo acesso à justiça⁴⁶.

Dentro dessa perspectiva, os idealizadores do Projeto Florença trouxeram algumas tendências, com o escopo de atingir a denominada terceira onda renovatória: i) reforma dos procedimentos judiciais em geral (modernização dos tribunais e procedimentos); ii) ampliação da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos; iii) a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causa (ex. pequenas causas e instalação de tribunais de vizinhança); iv) implementação de mudanças nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos (como por exemplo o desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante convênios); e, por fim, v) a simplificação do direito e do processo para determinadas causas.

Tais tendências reformistas estão inseridas no *aspecto prático* do movimento de acesso à justiça, consistente no programa de reformas normativas e institucionais em diversos países no mundo com o escopo de tornar efetivos os direitos sociais criados pelo Estado Social, bem como tornar o aparato governamental mais simples, racional e descentralizado⁴⁷.

O movimento de acesso à justiça, além de ponderar sobre os obstáculos ao acesso à justiça, as possíveis soluções a esses obstáculos (as chamadas ondas renovatórias) e trazer algumas tendências a serem adotadas com o escopo de melhorar o acesso à justiça, de modo a guiar as reformas normativas em diversos países no mundo (o chamado *aspecto*

⁴⁶- “É dizer, a terceira onda explora o modo de ser do processo, e tem a ver com a necessidade de aprimoramento interno do sistema. Ela é traduzida em uma ampla variedade de reformas, com múltiplas finalidades, entre as quais estão procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos, a promoção de uma justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva, bem como a criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela membros dos mais variados grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização” (NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 42).

⁴⁷- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*. In: Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan-fev 2008, Forense, p. 209-224.

prático) tem como caráter inovador, outrossim, o de representar uma radical alteração do pensamento jurídico contemporâneo (aspecto cultural)⁴⁸.

Em seu aspecto cultural, o acesso à justiça representa uma resposta contra o chamado dogmatismo jurídico, que identifica o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma elaborada pelo Estado. A partir desse entendimento, ignoram-se as dimensões axiológica e sociais do direito⁴⁹, o que leva conseqüentemente ao esvaziamento da importância dos sujeitos, instituições, procedimentos, deveres e responsabilidades dos juristas, juízes, advogados e estudiosos, inexistindo preocupações com o contexto social, uma vez que o estudo do direito está limitado a um mero conhecimento e aplicação mecânica da norma. Nesse contexto positivista, os conceitos de direito positivo e justiça se identificam⁵⁰, diante da recusa de se avaliar o direito positivo com base em critérios sociais, políticos, econômicos e éticos⁵¹.

Uma reação ao dogmatismo jurídico (positivismo), que admite como jurídico somente a norma posta pelo Estado, deixando de estudar o fenômeno jurídico em sua completude, foi o chamado realismo jurídico, que propõe o estudo do direito também sob o viés sociológico e histórico, adotando um aspecto anti-formalista⁵². Para CAPPELLETTI o “realismo jurídico tem contestado o conceitualismo abstrato e formalístico da jurisprudência dogmática, demonstrando como a realidade é bem mais complexa, e como também na atividade dos juízes e dos estudiosos, sempre constituem para nós margens que não se podem eliminar daquelas, onde sobretudo com uma pernicioso

⁴⁸- “Em uma época na qual se tratou, com muita frequência ou desatinadamente, de revoluções culturais, valerá a pena sublinhar o caráter genuinamente revolucionário do movimento do acesso à justiça, não unicamente sobre o plano da ação prática (ver incisos III e IV, supra), mas, principalmente, sobre o método de análise, e mais particularmente, sobre a análise jurídica” (CAPPELLETTI, Mauro.. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. In: Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan-fev 2008, Forense, p. 209-224).

⁴⁹- “Entendeu-se o reclamo por maior facilitação de ingresso no Judiciário como reação contra o dogmatismo jurídico, forma degenerativa do positivismo jurídico. A partir da única realidade da norma, a identificação do fenômeno jurídico passou a padecer de uma simplificação irrealística do direito, ignoradas as suas dimensões axiológicas e sociais” (NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 19-20).

⁵⁰- “[...] do ponto de vista ideológico o positivismo representa uma adesão a duas atitudes possíveis: ou se aceita o direito positivo porque ele seria justo pelo simples fato de que ele emana de uma vontade dominante; ou então se aceita como meio de privilegiar certos valores tais como os da estabilidade, da ordem e da paz social, independentemente do conteúdo das regras, devendo estas ser obedecidas não porque sejam justas, mas porque são o direito” (AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*, 2ª ed., Max Lemonad, 1999, p. 120).

⁵¹- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, vol. 61, p. 144, jan/2011.

⁵²- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. Fernando Herren Aguillar. *Metodologia da ciência do direito*, 2ª ed., Max Lemonad, 1999, p. 130.

função que se pretende eliminar de tal atividade o peso determinante dos interesses e dos valores”⁵³.

Superando-se esses dois paradigmas, o movimento do acesso à justiça, reconhecendo a importância fundamental do aspecto normativo – mas que não implica na compreensão total do fenômeno jurídico -, propõe uma análise tridimensional do direito: em uma primeira dimensão, deve-se atentar para o problema, a necessidade ou carência de um setor do direito; em uma segunda dimensão, examina-se a resposta, a solução no plano normativo e institucional, de modo a resolver o problema ou carência detectados; por fim, a terceira examina criticamente, em seus aspectos sociais e jurídicos, os resultados obtidos. Desse modo, a análise do direito deve ser feita através da observação crítica dos instrumentos oferecidos, pela lei ao cidadão, para tornar efetiva a proteção de seus direitos⁵⁴.

Sob essa ótica, a função do cientista do direito ganha mais relevância, uma vez que a ciência do direito não está limitada à mera descrição normativa – e sua mecânica aplicação a um determinado caso concreto -, passando o jurista a ter responsabilidade na elaboração e projeção de reformas que tenham o condão de responder às críticas a respeito dos critérios de acessibilidade e proteção de direitos previstos em normas positivadas.

Nota-se, dessa forma, que o movimento de acesso à justiça constitui uma mudança de perspectiva, pois inverte o papel de protagonista, que é deslocado dos juízes, administradores e legisladores (produtores do sistema jurídico) para as partes e administrados (consumidores do sistema jurídico). A ótica não está mais nos produtores, mas sim nos consumidores do sistema jurídico e, conseqüentemente, na análise do acesso à justiça desses consumidores e as tentativas de superação dos obstáculos que lhes são indevidamente impostos⁵⁵.

Como método crítico de pensamento, portanto, o movimento de acesso à justiça acaba por alterar o objeto dos estudiosos do direito, que passam a analisar a efetivação de direitos fundamentais através da adequada prestação jurisdicional, seja em relação aos

⁵³- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, vol. 61, p. 144, jan/2011.

⁵⁴- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, vol. 61, p. 144, jan/2011.

⁵⁵-CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. In: Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan-fev 2008, Forense, p. 209-224.

institutos positivados, seja em relação às condições de fato necessárias a proporcionar aos consumidores uma tutela justa e efetiva⁵⁶.

No entanto, essa tendência cultural e prática não foi verificada, de modo uniforme, nos diversos países do mundo. Isso porque, como visto, o movimento de acesso à justiça idealizado por CAPPELLETTI está inserido em um contexto de busca pela efetivação dos direitos já positivados em cartas constitucionais dos Estados Sociais⁵⁷ dos países centrais europeus e nos Estados Unidos da América.

Segundo SANTOS, o Estado-providência é um fenômeno exclusivo dos países centrais, visto que nas sociedades periféricas ou semi-periféricas há graves desigualdades sociais que não são mitigadas pelos direitos sociais, os quais ou não existem ou possuem aplicação deficiente. Além disso, os próprios direitos fundamentais de primeira geração têm vigência precária, em razão da instabilidade política que vivem os países periféricos, fruto de longos períodos ditatoriais⁵⁸.

Ademais, com a queda dos regimes autoritários e a transição democrática – nos anos 70, os países da periferia europeia; na década de 80, os países latino-americanos; no fim da década de 80, os países do leste europeu; e, por fim, na década de 90, alguns países africanos – os países periféricos e semiperiféricos encontraram a necessidade de constitucionalizar, ao mesmo tempo, os direitos que nos países centrais encontravam-se há muito tempo positivados de maneira sequencial: no período liberal, os direitos cívicos e políticos; no Estado Social, os direitos econômicos, sociais e de qualidade de vida⁵⁹.

⁵⁶- “Exige o novo método mudanças na postura dos doutrinadores e operadores do direito, que deverão deslocar parcialmente sua atenção do objeto estritamente normativo para o atendimento aos anseios dos destinatários do processo – as partes – passando a analisar a natureza de suas demandas, o tipo de pretensão envolvido, a existência de demandas reprimidas, os efeitos do tempo despendido e do custo do processo no patrimônio dos litigantes, etc.” (GOMES NETO, José Mario Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformações das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 59).

⁵⁷- “O movimento para acesso à justiça é também um aspecto central do moderno Estado Social ou *Welfare State*. Adverte-se que não se trata de um movimento limitado à justiça em seu significado judicial; abarca, ao contrário, áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde etc. (CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*. In: Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan-fev 2008, Forense, p. 209-224)

⁵⁸- SANTOS, Boaventura de Souza ; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996.

⁵⁹- Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996.

Por essa razão, especificamente em relação ao Brasil, a análise do acesso à justiça no início da década de 80 não possui como estopim os estudos realizados por CAPPELLETTI e GARTH na década de 70, os quais estavam inseridos no contexto de expansão do *Welfare State* e na busca pela efetivação de direitos sociais, mas sim a necessidade de se reconhecer à população brasileira direitos tidos como básicos, aos quais a maioria da população ainda não possuía acesso; ou seja, o contexto do estudo do acesso à justiça, no Brasil, se dá em razão da exclusão da população em conseguir acesso aos direitos sociais básicos e da desigualdade social.

Confira-se, nesse sentido, JUNQUEIRA:

“Os motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se inicia. [...] aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar-social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde” (*Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. p. 390).

No âmbito brasileiro, no entanto, o estudo do tema ganha ainda maior relevância com a promulgação da Constituição de 1988 uma vez que esta, ao dispor sobre os direitos e garantias constitucionais, incluiu o chamado direito de acesso à justiça.

2.3. O acesso à justiça como direito fundamental

Ao abordar o tema do acesso à justiça, faz-se mister também realizar uma análise a respeito dos direitos fundamentais, visto que é justamente o acesso à justiça que terá o condão de concretizar e tornar efetivos os direitos fundamentais previstos pela Constituição de um determinado Estado.

De início, é importante realizar uma breve explicação a respeito da nomenclatura (*direitos fundamentais*) utilizada no presente estudo, uma vez que em muitas ocasiões são utilizadas outras expressões tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais” e “direitos humanos fundamentais”⁶⁰.

⁶⁰- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 29.

Tal escolha resulta, em primeiro lugar, da opção efetuada pelo próprio constituinte brasileiro, ao fazer referência, na epígrafe do título II da Constituição Federal, aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, com inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.

Em segundo lugar, tendo como referência a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais⁶¹, ainda que seja comum a utilização dos termos como sinônimos⁶², ressalta-se que a expressão “*direitos fundamentais*” é aplicada para aqueles direitos inerentes ao ser humano que encontram-se reconhecidos e positivados no direito constitucional de determinado Estado; ao passo que os “direitos humanos” estão relacionados aos documentos de direito internacional, cujo objeto são os direitos inerentes a qualquer ser humano, independentemente de sua vinculação a alguma ordem constitucional (com validade universal e atemporal).

Tem-se, portanto, que os direitos humanos, uma vez inseridos nas Constituições (com o objetivo de conferir-lhes proteção máxima no âmbito interno, limitando o poder estatal pela necessidade de realização efetiva de tais direitos), acabam por assumir a forma de direitos fundamentais, constitucionalmente positivados e garantidos⁶³. Ou seja, os direitos humanos (direitos inerentes à própria condição do indivíduo, com tradição jusnaturalista) transformam-se em direitos fundamentais (os quais possuem uma concepção positivista) na medida em que são incorporados às constituições, adquirindo hierarquia jurídica e caráter vinculante no âmbito de um Estado Constitucional⁶⁴.

Destarte, os direitos fundamentais possuem sentido mais restrito, pois constituem os direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, com delimitação espacial e temporal⁶⁵, tendo como referência as pessoas como membros de um ente público concreto – e não apenas em razão de seu aspecto de ser humano.

⁶¹- Para uma perspectiva histórica dos direitos humanos e a sua institucionalização nos ordenamentos jurídicos, v. ISHAY, Micheline R., *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*, Berkeley, University of California Press, 2008; COMPARATO, Fabio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

⁶²- Nesse sentido é a posição de MORAES, Alexandre de., *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2010.

⁶³- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1979, v. 1, p. 240.

⁶⁴- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 32.

⁶⁵- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 31.

Dessa maneira, pode-se afirmar que os requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais são: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre Estado e Indivíduo⁶⁶.

Aliada à noção de direito fundamental encontra-se a característica de fundamentalidade que, de acordo com a lição de CANOTILHO (recepcionando a doutrina de Robert Alexy), “aponta para a especial dignidade da proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização e, portanto, ligada ao direito constitucional positivo, resulta das seguintes dimensões: (i) as normas que consagram os direitos fundamentais são normas que estão situadas no topo do ordenamento jurídico; (ii) em razão de serem normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (iii) como normas incorporadoras de direitos fundamentais, passam a constituir limites materiais da própria revisão (as chamadas cláusulas pétreas); (iv) e, por fim, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam imediatamente os poderes públicos⁶⁷.

A fundamentalidade material, por seu turno, remete à ideia de que os direitos fundamentais são elementos constitutivos da Constituição, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade. Desse modo, somente a análise do conteúdo dos direitos fundamentais permite verificar a sua fundamentalidade material, isto é, se contem ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade⁶⁸. Somente a concepção de fundamentalidade material permite a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, bem como a abertura a novos direitos fundamentais. Na Constituição Federal, faz-se mister apontar o disposto no art. 5^a, § 2^a, o qual concede abertura para a admissão de outros direitos e garantias fundamentais que não constem expressamente no catálogo da Carta constitucional⁶⁹.

⁶⁶- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 25-26.

⁶⁷- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 379.

⁶⁸- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 76.

⁶⁹- CF, art. 5, § 2^a. § 2^o Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Superadas as apontadas características essenciais, pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça constitui um direito fundamental previsto na Constituição Federal⁷⁰. Isso porque, caso não assegurado o acesso à justiça, far-se-ia letra morta os direitos fundamentais previstos nas constituições, tornando-os uma mera proclamação de direitos sem efetividade prática alguma⁷¹. Sendo assim, o acesso à justiça apresenta-se como garantidor dos direitos fundamentais, pois é o mecanismo hábil a corrigir as violações das normas fundamentais.

Ressalta-se, pois, inexistir qualquer justificativa de se trazer um simples catálogo de direitos fundamentais se não forem disponibilizados aos cidadãos os instrumentos para a salvaguarda de tais direitos, através de acesso a órgãos de solução de disputas e de um processo que conduza a um resultado justo.

Dessa forma, o direito de acesso à justiça é o principal instrumento de garantia para a concretização de todos os outros direitos fundamentais constitucionais, sendo absolutamente indispensável para a efetivação de tais direitos, tornando-se o mais básico dos direitos fundamentais⁷².

Nesse sentido assevera SANTOS:

“a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providencia transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos

⁷⁰- A análise específica do conteúdo do acesso à justiça, contudo, será feita no próximo item.

⁷¹- “Direito subjetivo sem processo, da mesma forma que o processo sem determinadas garantias procedimentais, nada mais seria que um mero *flactus vocis* do legislador, uma proclamação carente de mínimas condições de concretização prática. Mesmo os direitos fundamentais acabariam por se revelar como meras exaltações áfonas, fruto de uma retórica constitucional que haveria de se fiar na boa-vontade dos homens para alcançar a respectiva concretização. Desta forma, ausente um processo potencialmente capaz de conduzir a resultados justos e efetivos, os dispositivos legais se limitariam a uma ineficaz proclamação de direitos e interesses que se mostrariam insuscetíveis de ser eficazmente defendidos pelos respetivos titulares. É precisamente a garantia do processo que dá condições de praticabilidade às posições jurídico-subjetiva individuais em situações de crise, garantindo a proteção da esfera jurídica subjetiva quando esta queda violada” (DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 17).

⁷²- “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 11-12).

passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadoras”⁷³.

Além disso, sem a garantia do acesso à justiça, a repressão ou reparação de ofensas aos direitos fundamentais não seria possível, tornando-os meras proclamações formais sujeitas à boa-vontade dos cidadãos em seu cumprimento. Tendo em vista a impossibilidade de se recorrer à auto-tutela, tem-se que apenas o acesso à justiça possui o condão de reparar ou evitar a violação aos direitos fundamentais; caso contrário, a esse cidadão cujos direitos fundamentais foram violados restaria apenas resignar-se com a afronta à sua esfera de direitos.

Desta forma, o direito de acesso à justiça é uma condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir efetivamente os direitos aos indivíduos⁷⁴, pois constitui meio essencial para conferir efetividade aos direitos positivados. A fundamentalidade do direito de acesso à justiça decorre, pois, da sua indispensabilidade para a efetivação dos outros direitos fundamentais.

Ademais, o acesso à justiça no direito brasileiro encontra-se também positivado em razão da previsão do art. 5^a, inc. XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; por outro lado, ainda que se admita que o acesso à justiça não está limitado à norma acima mencionada, as garantias e os demais direitos que o compõe também estão presentes no art. 5^a da Constituição Federal (o qual dispõe está inserido no Título II, dos direitos e garantias fundamentais), de modo que estaria presente a fundamentalidade formal do acesso à justiça em razão de sua expressa previsão na carta constitucional.

Em relação à fundamentalidade material, a análise do acesso à justiça revela que em seu conteúdo encontra-se uma decisão e uma política fundamental sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, uma vez que o direito fundamental de acesso à justiça possui íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os fundamentos do Estado democrático de direito.

⁷³- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8^a ed., São Paulo, Cortez, 2001, p. 167. Corroborando tal posicionamento, confira-se o posicionamento de PAROSKI, Mauro Vasni: “O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais da jurisdição” (*Direitos Fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo, LTR, 2008, p. 138)

⁷⁴- MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba, Juruá, 2009, p.71.

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, que não está no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, constitui princípio fundamental do Estado brasileiro⁷⁵, sendo, portanto, uma norma que fundamenta e serve de parâmetro não apenas aos direitos fundamentais, mas a todo ordenamento jurídico⁷⁶.

Além de servir como parâmetro aos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana surge como fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, visto que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana (note-se que a maior parte dos direitos fundamentais constitui garantias específicas da dignidade da pessoa humana⁷⁷), além de serem considerados como exigência deste princípio fundamental⁷⁸.

Segundo LUÑO, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”⁷⁹. Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe, além de um dever de abstenção, condutas positivas do Estado para efetivar e proteger esse núcleo duro dos direitos dos indivíduos.

Dessa forma, também o acesso à justiça possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio impõe ao Estado a realização de ações no sentido de preservar a dignidade ou de criar condições que permitam o seu pleno exercício e, uma vez violada a dignidade da pessoa humana, a sua proteção e garantia só se efetiva através da possibilidade de os cidadãos recorrerem aos órgãos de

⁷⁵- CF, art. 1^a. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (...) III – a dignidade da pessoa humana.

⁷⁶- “Uma vez que toda a ordem jurídica positiva se encontra subordinada ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando a validade daquela dependente da respectiva conformidade a este princípio, resulta daqui a exigência de mecanismos de fiscalização da validade do direito positivo, incluindo das normas integrantes da Constituição em sentido instrumental” (OTERO, Paulo. *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*. Lisboa, LEX, 1995, p. 554).

⁷⁷ - “é facilmente verificável em determinadas normas jurídicas, designadamente dentre aquelas consagradoras de direitos fundamentais, um escopo assecuratório da dignidade da pessoa humana” (DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 85).

⁷⁸- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 110-112. Importante destacar, outrossim, a formulação realizada por Carlos Roberto Siqueira Castro, aduzindo que a dignidade da pessoa humana possui a função de elemento proliferador de direitos fundamentais (*A constituição aberta e os direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 21).

⁷⁹- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5^a ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 318, tradução livre.

solução de conflitos para a tutela de seu direito, possibilitando a cessação da violação à dignidade humana.

Nesse sentido pontua DUARTE :

“Parece-nos exteme de quaisquer dúvidas que o direito de acesso à justiça (onde está compreendido, portanto, o direito de acesso aos tribunais e ao justo processo) não só tem como base jusfundamental a dignidade da pessoa humana, mas que ele é dotado de uma relevância qualificada, à exata medida que assegura a própria realização dos demais direitos fundamentais. Ou seja, sem acesso à justiça, como já dito alhures, é impensável a repressão (ou reparação) coativa das ofensas aos direitos fundamentais. [...] É assim que o direito de acesso à justiça encontra uma base jusfundamental na dignidade da pessoa humana, sendo irrefragável, quando se alude à possibilidade de se recorrer à via jurisdicional, que o processo seja dotado de determinadas garantias que o tornem apto a uma adequada proteção do direito material em causa”⁸⁰

Em segundo lugar, o acesso à justiça pode ser considerado uma decorrência do próprio Estado democrático de direito, pois não se pode cogitar essa fórmula de Estado se não forem asseguradas condições efetivas de participação popular, inclusive através do socorro aos órgãos de solução de controvérsias para a tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos. O acesso à justiça, pois, é um dos mecanismos hábeis a permitir o exercício da própria cidadania⁸¹.

Nesse sentido CANOTILHO, ao reconhecer a ligação entre o Estado democrático de direito e o acesso à justiça, afirma que:

“terceira dimensão do Estado de direito, pilar fundamental do Estado de direito, coroamento do Estado de direito, são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância, no Estado de direito, da existência de uma protecção jurídico-judiciária individual [...]. Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”.⁸²

⁸⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 86-87.

⁸¹- “urge despertar nos cidadãos o sonho dogmático como pressuposto essencial de uma revolução social. Esse resgate ocorre a partir da conscientização de cada indivíduo em participar ativamente da sociedade, não sendo algo imposto, mas proposto, motivado e incentivado, pois a cidadania reúne as condições necessárias que tornam o povo um sujeito ativo na construção da sua própria história. A participação ativa é adquirida a partir do momento em que o indivíduo reconhece seus direitos e deveres e os instrumentos para satisfazê-los, ou seja, quando se tem um real acesso à Justiça, bem como através da descoberta de cada indivíduo do seu próprio potencial para modificar uma realidade e da consciência de cidadania. O acesso à Justiça é um dos vínculos na efetivação da cidadania, sendo, conseqüentemente, uma potencialidade de mudança social” (LEITE JÚNIOR, Francisco Roberto Pinto. In: ANDRADE, Mariana Dionísio de. *Acesso à justiça: textos em homenagem à Maria Tereza Sadek*. 2ª ed., Florianópolis, Conceito Editorial, 2013, p. 201-202).

⁸²- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 273-274.

Destarte, resta demonstrada a fundamentalidade do direito de acesso à justiça, tanto em seu aspecto formal (expressa previsão na Constituição) quanto em seu aspecto material (possuindo conteúdo decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade⁸³).

Sendo assim, enquanto direito fundamental, pode-se afirmar que o acesso à justiça revela uma dupla perspectiva, tanto subjetiva quanto objetiva. Na perspectiva subjetiva, o direito fundamental pode ser considerado como autêntico direito subjetivo individual (abrindo a possibilidade de que o titular do direito fundamental exija a proteção, o respeito e o cumprimento, do obrigado, em relação a uma situação individual específica⁸⁴).

A perspectiva objetiva, transcendente à função subjetiva autônoma, implica no reconhecimento de que o direito fundamental constitui valor, objetivo e fim superiores que devem embasar a atuação dos poderes públicos⁸⁵.

Nesse sentido, o acesso à justiça constitui um objetivo fundamental do Estado democrático, que deve ter sua eficácia valorada não apenas sob o ponto de vista individual (aspecto subjetivo), mas sim sob o ponto de vista de toda a comunidade. Desse modo, o direito fundamental contém uma ordem dirigida ao Estado para que este adote medidas com o objetivo de proteger de forma efetiva a concretização e o exercício dos direitos fundamentais⁸⁶, mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas), o que implica inclusive na realização de políticas públicas estatais voltadas a efetivar o direito fundamental de acesso à justiça.

⁸³- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 379.

⁸⁴- Para ANDRADE o caráter subjetivo dos direitos fundamentais está ligada à “proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 163).

⁸⁵- “As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, implicam em uma valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74).

⁸⁶- “A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais (que não se confunde com os deveres fundamentais atribuídos às pessoas), encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 155).

Ademais, segundo SARLET, outro desdobramento relevante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a função exercida como parâmetro para criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento, com a intenção de que se evite uma redução do conteúdo material dos direitos fundamentais. Nesse ponto, o direito fundamental de acesso à justiça exerce função de marco para a edição de normas que dispõem sobre o procedimento administrativo e judicial⁸⁷.

Segundo a classificação de ALEXY⁸⁸, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: os direitos fundamentais como direitos de defesa⁸⁹ (são direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em relação à liberdade e à propriedade, constituindo um dever de abstenção dos poderes públicos, intimamente ligados aos chamados direitos fundamentais de 1ª geração) e os direitos fundamentais como direitos a prestações (pelos quais cabe aos poderes públicos uma postura ativa com vistas a possibilitar ao indivíduo alcançar seus direitos fundamentais. Importa ressaltar, todavia, que os direitos a prestações são mais abrangentes que os chamados direitos sociais⁹⁰).

Dessa forma, o direito fundamental de acesso à justiça pode ser considerado um direito a prestações do Estado⁹¹, visto que cabe ao poder público a realização de prestações jurídicas-normativas e prestações fáticas de modo a possibilitar aos cidadãos o livre acesso aos órgãos de solução de conflitos, bem como o respeito às garantias fundamentais processuais, que se encontram no conteúdo deste direito fundamental. Cabe

⁸⁷- Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispostas sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais. Por fim, agregada à perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, esta concepção levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 156-157).

⁸⁸- *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Vírgilio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2014.

⁸⁹- “os direitos fundamentais cumprem uma função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 552).

⁹⁰- Nesse sentido, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Vírgilio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2014, p. 499 e ss.

⁹¹- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 141-143.

ao Estado, portanto, através de ações positivas efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, possibilitando a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal.

De modo exemplificativo, não há dúvidas que a assistência judiciária gratuita, que corresponde a uma tentativa de efetivar o acesso à justiça, remete a uma prestação material por parte do Estado, através da remoção de entraves econômicos para o fim de permitir o acesso ao Poder Judiciário, que exige tanto uma atividade legislativa (através da edição de norma autorizadora) como uma afetação de recursos específicos, tanto materiais quanto humanos, para esse fim (atribuição orçamentária para o seu custeamento).

Tendo em vista a natureza de direito fundamental a prestações, o direito de acesso à justiça possui aplicabilidade imediata, conforme dispõe o art. 5^a, § 1^a, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, de modo que os poderes públicos possuem a tarefa de extrair das normas que preveem direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeitos reforçados em relação às demais normas constitucionais, por menor que seja a sua densidade normativa. Desse modo, a mencionada norma traduz em um efeito vinculante aos poderes públicos, razão pela qual que qualquer ato dos entes estatais deve ter como baliza e referencial os direitos fundamentais.

Pode-se falar que o efeito vinculante dos direitos fundamentais possui uma dimensão positiva, na qual cabe aos órgãos estatais tudo fazer no sentido de permitir a concretização e efetivação dos direitos fundamentais⁹², assegurando condições de praticabilidade para que as normas não fiquem como meras proclamações formais; e uma dimensão negativa, de modo que o Estado não pode realizar ingerências indevidas no âmbito dos direitos fundamentais, introduzindo limites de proteção em torno de tais direitos. Assim, em relação ao direito de acesso à justiça, há a necessidade de uma atividade positiva por

⁹²- Especificamente em relação aos direitos fundamentais, veja-se a contribuição de Cassio Scarpinella Bueno: “[direitos fundamentais] são, ao contrário do que à doutrina tradicional quis parecer, ‘justificáveis’ no sentido de que eles não podem e nem devem ser entendidos como meras prescrições de direitos sem que houvesse, garantidos no próprio ordenamento jurídico, meios de sua realização concreta, imperativa, até mesmo. São direitos que, porque assegurados pela Constituição Federal, *devem-ser* realizados concretamente pelo Estado como um todo e, até mesmo, pelos e entre os próprios particulares. Não são mais, como a doutrina tradicional chegou a referir, meras declarações de direitos ou menos normas programáticas, sem eficácia direta e imediata que, no máximo vinculariam o legislador. São, bem diferentemente, normas que impõem um comportamento ativo e decisivo de todo o Estado, que não só dispõem a respeito de objetivos a serem alcançados, mas, também, que impõem as formas de seu atingimento, que têm efeitos diretos e imediatos, e é por isto que aqueles direitos, na concepção analisada, devem ser realizados, sob pena de ruírem os próprios objetivos do Estado” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. 7^a ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p 86).

parte dos poderes estatais com vistas a regular os modos necessários para que tal direito seja efetivado na prática.

O direito fundamental de acesso à justiça acaba por vincular⁹³, portanto, o legislador, que se encontra proibido de editar atos legislativos contrários a essa norma de direito fundamental, possuindo também o dever de adequar os atos legislativos de acordo com a norma de direito fundamental e de editar atos que permitam a realização do direito fundamental (em razão, também, da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais)⁹⁴; a Administração pública, que deve executar apenas as leis que estejam em conformidade com o direito fundamental de acesso à justiça, aplicando-as em conformidade com o direito fundamental; bem como as entidades privadas, em razão da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁹⁵, que encontram-se obrigadas a respeitar as garantias inerentes ao direito fundamental de acesso à justiça (tais como o contraditório, o direito à prova, a imparcialidade do julgador, *etc.*). Assim, em relação ao direito de acesso à justiça, os procedimentos de natureza disciplinar e privados devem estar pautados nas garantias mínimas do processo justo, que configuram parcela do conteúdo do acesso à justiça, de modo a respeitar tal direito fundamental.

Além disso, em razão da mencionada fundamentalidade do direito de acesso à justiça, pode-se afirmar que ele está protegido pela cláusula constitucional de irreformabilidade do art. 60, § 4^a, IV, da Constituição Federal, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

Superada a caracterização do direito de acesso à justiça como direito fundamental e suas principais consequências, faz-se mister aprofundar a análise relativa ao conteúdo de tal direito, em razão do alto grau de indeterminação de tal direito⁹⁶, o que será feito a seguir.

⁹³- “Não se pode esquecer que, quando se diz que direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, afirma-se que eles geram um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção, e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A eficácia do direito fundamental à tutela efetiva sobre o juiz e as partes*. In: LEITE, George Salimão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador, Juspodivm, 2011, p. 741)

⁹⁴- É o que CANOTILHO chamou, respectivamente, de sentido proibitivo da vinculação do legislador e dimensão positiva da vinculação do legislador. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 440).

⁹⁵- Especificamente sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmiento, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, In: SARMENTO, Daniel.; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 147 e ss.

⁹⁶- “Considerando a vinculação substancial existente, tendo-se em conta a inafastável necessidade de garantir a aptidão do processo para a consecução dos respectivos fins – o que, como já antes afirmado, é próprio da respectiva natureza eminentemente funcional – é essencial um labor doutrinal, no sentido de permitir uma maior precisão na definição do conteúdo das garantias, notadamente quanto à demarcação da margem de

3. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1. O acesso à justiça pelo instrumento estatal de resolução de controvérsias

Como já visto, em razão da vedação da autotutela, aos indivíduos deve ser garantido o acesso aos tribunais de modo a garantir a proteção de sua esfera jurídica, diante de uma situação de lesão a um direito subjetivo, envolvido em uma crise social. Embora o conceito de acesso à justiça não mais esteja limitado à garantia de acesso ao Poder Judiciário, é evidente que esta garantia (qual seja, de acesso ao Judiciário) é um dos principais aspectos do conceito atualizado de acesso à justiça.

No Brasil⁹⁷, a Constituição de 1946, já influenciada pela ascensão do *Welfare State* e pelo fim da Segunda Guerra Mundial, trouxe expressamente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – ou também chamado de princípio da ubiquidade da jurisdição - em seu art. 141, §4º, expondo que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Tal previsão demonstra uma resposta ao período autoritário do Estado Novo, no qual o governo retirava a possibilidade de apreciação de certos atos pelo Poder Judiciário, o que constituiu uma das grandes inovações daquela carta constitucional⁹⁸. Embora posterior ao golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 trouxe dispositivo com redação idêntica (art. 150, §4º).

No entanto, o Ato Institucional n. 5 violou completamente essa garantia, trazendo em seu art. 11 que “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os seus respectivos efeitos”⁹⁹.

liberdade do Estado-legislador e Estado-juiz, no tocante ao indigitado direito” (DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007, p. 14).

⁹⁷- Sobre a previsão normativa do acesso à justiça nas Constituições brasileiras, confira-se SUZANA VERETA PASTORE, Suzana Vereta Nahoum, *O direito de acesso à justiça – os rumos da efetividade*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 49, p. 154, out/2004.

⁹⁸- “A regra jurídica constitucional do art. 141, §4º, em que o legislador formulou princípio de ubiquidade de jurisdição foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1960, t. IV, p. 412).

⁹⁹- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 174.

Superando esse infeliz momento histórico, a Constituição de 1988 trouxe, em seu rol de garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao prescrever, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Ou seja, não pode o legislador, ou qualquer outro indivíduo, impedir que o jurisdicionado vá à juízo deduzir uma pretensão.

O acesso aos tribunais é corolário direto do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, o qual estabelece que todo titular de direito como consequência, todo titular de direito lesionado ou ameaçado de lesão tem assegurado o acesso ao Judiciário para defesa de seus interesses.

O acesso aos tribunais, portanto, constitui um primeiro aspecto do direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que o Estado, ao assumir o poder-dever de jurisdição, monopolizou a obrigação de prover a justiça e aplicar a lei aos casos concretos¹⁰⁰.

Cumprido ressaltar, todavia, que não mais se pode confundir acesso aos tribunais com o conceito de acesso à justiça, o qual é mais amplo. O acesso à justiça pressupõe o acesso à ordem jurídica justa, no entendimento de WATANABE, respeitando-se todos os princípios inerentes ao processo, em especial o devido processo legal. O acesso à justiça não se limita ao exame das pretensões pelo Poder Judiciário, mas também que o processo seja justo, adequado à pretensão aduzida em juízo, com tempestiva resolução do conflito submetido à apreciação pelo Estado¹⁰¹.

É por essa razão que, além de trazer a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional – que é uma das facetas do acesso à justiça -, a Constituição de 1988 também positivou, como direitos fundamentais, o devido processo legal (art. 5º, LV), a garantia do juiz independente e imparcial, a garantia do juiz natural e predeterminado em lei, o direito ao contraditório, direito à duração razoável do processo, motivação das decisões judiciais, etc. Todo esse contexto de garantias, não limitados ao acesso aos tribunais, correspondem ao acesso à justiça.

¹⁰⁰- CAMEJO FILHO, Walter. *Garantia do acesso à justiça*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo e Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.17.

¹⁰¹- “Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção da justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhores efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 118).

Afirmar que esse conjunto de garantias constitucionais está inserido no conceito de acesso à justiça nada mais é do que uma consequência da denominada constitucionalização do Direito Processual, pela qual incorpora-se aos textos constitucionais normas processuais muitas vezes sob a chancela de direito fundamental, e pela qual revela-se necessário analisar as normas processuais sob o ponto de vista da própria Constituição Federal¹⁰².

Do ponto de vista do processo e da solução adjudicada estatal, o acesso à justiça configura direito fundamental de acessar o Poder Judiciário e implica que seja assegurado um procedimento adequado, em respeito às garantias processuais constitucionais¹⁰³, consubstanciadas na garantia do devido processo legal¹⁰⁴. No Estado contemporâneo, o processo é instrumento de realização do direito, ou seja, é instrumento destinado a alcançar a realização da justiça¹⁰⁵ (cf. prevê o art. 3º, inc. I da Constituição Federal).

É nesse sentido que se fala em *justo processo*, composto por garantias fundamentais de justiça, que serve de direção para o estudo do acesso à justiça no intuito de “destruir barreiras e obstáculos (internos e externos) que interferem na proximidade do cidadão aos benefícios do processo, responsáveis pelo bloqueio de uma visão democrática da Justiça”¹⁰⁶.

¹⁰²- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 33.

¹⁰³- “Essas concretizações do devido processo legal, verdadeiros corolários de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro. É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CPC); proíbem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI); o processo há de ser público (art. 5º, LX); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV) etc. Todas essas normas, princípios e regras, são concretizações do devido processo legal e compõem seu conteúdo mínimo. (...) Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 47-48).

¹⁰⁴- “Não basta assegurar o acesso de todos à tutela judiciária do Estado. O instrumento criado para o interessado veicular seus direitos, pretensões e ações, formado através do exercício do direito à tutela jurídica, há de ser minimamente apto para alcançar seus fins próprios. Essa finalidade geral exige a conformação do método de trabalho da jurisdição, que é o processo, a um esquema mínimo que ofereça equilíbrio e segurança para as partes. A típica garantia norte-americana do devido processo legal (*due process of law*) progressivamente desempenhou esse papel” (ASSIS, Araken de, *Processo civil brasileiro, volume 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*, São Paulo, RT, 2015, p. 407-408).

¹⁰⁵- PORTO, Sérgio Gilberto, *A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade*. In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, p. 179.

¹⁰⁶- MELLO, Gustavo de Medeiros, *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e Constituição: estudos*

Pode-se afirmar, portanto, que esse é o conceito de acesso à justiça democrático¹⁰⁷, garantindo não somente o ingresso em juízo, mas também a efetiva participação dos indivíduos no processo, a fim de obter a tutela adequada em relação aos seus direitos subjetivos.

Nesse sentido, WATANABE ainda revela dados elementares do conteúdo do acesso à justiça: (i) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas orientada a medir a adequação entre a ordem jurídica e a realidade do país; (ii) o direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (iii) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (iv) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características¹⁰⁸.

Conforme visto alhures, a partir da consolidação dos Estados Modernos a tarefa de resolução de conflitos ficou a cargo, primordialmente, do próprio Estado, popularizando-se a ideia de que o mecanismo estatal de solução de conflitos é o mais adequado para alcançar uma solução justa¹⁰⁹. No Brasil, pode-se afirmar que a tradição também é por adotar o mecanismo estatal para a resolução dos conflitos¹¹⁰, muito embora a

em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo, RT, 2006, p. 685). O autor ainda complementa: “A tutela adequada merece ser visualizada num panorama amplo, em função do cumprimento integral de todos os valores em jogo. O provimento jurisdicional se afigura adequado quando extraído do devido processo constitucional. Quer dizer, é a tutela constituída pela observância de todo o espectro de garantias e princípios previstos na Constituição de 1988 e aplicáveis ao processo. [...] Não basta ser efetiva. A prestação jurisdicional há de ser adequada à justa composição do litígio, o que exige também tenha sido prestada em tempo razoável, dentro do sistema jurídico e de forma universal, acessível a todas as pessoas e alcançando o maior número de situações conflituosas” (MELLO, Gustavo de Medeiros, *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, p. 691).

¹⁰⁷- “O acesso à justiça democrático exige que as autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas sobretudo no momento aplicativo. Nestes termos, o acesso à justiça democrático postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros” (NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 42).

¹⁰⁸- WATANABE, Kazuo, *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Participação e processo*, São Paulo, RT, 1988, p. 135.

¹⁰⁹- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 2.

¹¹⁰- “O processo judicial cada vez mais se tornou a fórmula de solução de controvérsias padrão para todos os tipos de demandas em paralelo ao fortalecimento e consolidação do Estado brasileiro” (GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 3).

previsão de outros mecanismos de solução de controvérsias conste em diversos textos legais e constitucionais a partir da Constituição do Império do Brasil de 1824¹¹¹.

Entretanto, a atividade estatal de resolução de conflitos encontra-se em crise há algum tempo. Essa crise pode ser constatada pelos relatórios “Justiça em Números” disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, cujos dados são a principal fonte estatística que o CNJ e os tribunais brasileiros utilizam para direcionar sua atuação institucional. As informações e os dados obtidos e analisados permitem um conhecimento amplo do Poder Judiciário, uma vez que são expostos os principais indicadores da Justiça brasileira, com o objetivo de conferir transparência e visibilidade aos dados globais sobre despesas, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento e produtividade¹¹².

Segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, tramitaram 102 milhões de processos no ano de 2015, com ingresso no decorrer do ano de 27,3 milhões de casos novos. Apenas para se ter uma ideia da explosão de processos nos últimos anos, os casos em tramitação cresceram, em números absolutos, em quase 9,6 milhões em relação ao observado no ano de 2009¹¹³. Ou seja, o Poder Judiciário Brasileiro, que já possui um estoque imenso de processos, não consegue dar cabo sequer dos processos entrados, ocasionando um *déficit* na prestação do serviço.

Essa crise do Poder Judiciário muitas vezes¹¹⁴ é atribuída ao fenômeno de explosão de litigiosidade verificado, especialmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu um modelo de *Welfare State*¹¹⁵ e buscou facilitar o acesso à

¹¹¹- Confira-se, nesse sentido, LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes, *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 606-607.

¹¹²- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, CNJ, 2014, p. 42-43.

¹¹³- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, CNJ, 2014, p. 42-43.

¹¹⁴- Diz-se muitas vezes porque o diagnóstico acerca da crise da justiça e do Poder Judiciário não é tarefa simples, não havendo resposta definitiva acerca da origem dessa crise. Confira-se: “*Em sendo a crise do Judiciário marcada por um quadro cada vez mais intrincado de problemas, não é possível determinar sua origem como proveniente de uma só causa, mas do desenvolvimento de um conjunto de fatores que, convergentes entre si, agravaram-se no decorrer do tempo, produzindo como resultado final uma ineficiência generalizada na prestação jurisdicional*” (ALVES, Catarina Bezerra; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem em Pernambuco – uma análise de sua efetividade à luz do novo enfoque de acesso à justiça*, Revista de Processo, vol. 211/2012, p. 317, set/2012).

¹¹⁵- Não há “dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é o padrão liberal clássico e sim o do *welfare state*: os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no art. 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos e prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e

justiça. Ademais, a evolução da função exercida pelo Judiciário, que passa a exercer um papel de dar proteção aos direitos sociais constitucionalizados¹¹⁶, somada à conscientização dos cidadãos acerca de seus direitos e garantias fundamentais consitucionalizadas levaram a um aumento considerável da litigiosidade social. Some-se a isso o grave quadro de desigualdade social existente na sociedade brasileira, com as inúmeras crises políticas e econômicas que acabam por impactar nesse aumento de litigiosidade¹¹⁷⁻¹¹⁸.

Para GRINOVER, os principais fatores da crise da justiça estatal são: “*a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental, a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação de orientação para os detentores dos interesses em conflito e as deficiências do patrocínio gratuito*”¹¹⁹.

MANCUSO afirma que, embora o Estado tenha assumido historicamente o monopólio da jurisdição, a prestação jurisdicional estatal é de baixa qualidade, pois não é: justa (equânime); jurídica (tecnicamente consistente e fundamentada); econômica (equilíbrio entre custo e benefício); tempestiva (a exigência da razoável duração do processo); e razoavelmente previsível¹²⁰.

Ou seja, a crise enfrentada pelo Poder Judiciário reflete também uma *crise do direito de acesso à justiça* pelo mecanismo estatal de solução de conflitos, pois o Estado encontra dificuldades em promover e dar efetividade ao justo processo. Daí porque, para

variados instrumentos de intervenção no domínio econômico, *strito sensu*, assegurados ao Poder Público” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 269).

¹¹⁶- “[...] ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categoriais ou regiões com exclusão de outras” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 271).

¹¹⁷- “As dificuldades econômicas – pacotes, inflação, crise fiscal do Estado, por exemplo – aliadas à desagregação social (violência urbana, recrudescimento da miséria e pauperização da classe medida), também concorreram para o aumento de responsabilidades do Judiciário em face de uma conflituosidade cada vez mais explosiva” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros, 2010, p 30).

¹¹⁸- Ainda sobre o fenômeno da explosão de litigiosidade, confira-se: ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 20---. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 15-18.

¹¹⁹- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 217.

¹²⁰ - Rodolfo de Camargo Mancuso. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 52.

GRINOVER, o “renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da justiça”¹²¹.

Esse contexto de crise do acesso à justiça pela via estatal, em que os próprios consumidores da justiça encontram-se insatisfeitos com a prestação jurisdicional¹²², especialmente em virtude da morosidade e dos custos decorrentes do processo judicial¹²³, demonstra que a sociedade exige um acesso à justiça direto, mais célere, mais efetivo e mais adequado ao conflito¹²⁴.

Sendo assim, os meios alternativos de solução de conflitos ganham relevância à medida em que decaem a eficiência e o prestígio do serviço público de solução de controvérsias, que não mais é visto com credibilidade pelos cidadãos. Embora a forma jurisdicional e a “alternativa” não sejam excludentes entre si, evidentemente que, se a justiça estatal apresentasse um bom rendimento e satisfação na resolução dos litígios, não haveria uma procura intensa e crescente aos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias¹²⁵.

¹²¹- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*, In: Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 6, p. 1.017, set/2014.

¹²²- “Nas últimas décadas, a hegemonia do método estatal tradicional tem sido frequentemente questionada (...) atualmente é a própria sociedade que, na prática, insatisfeita com os serviços de justiça estatal, as tem feito com mais frequência – e, naturalmente, com mais legitimidade. Paralelamente ao crescimento da litigiosidade e do volume de processos judiciais, avaliações qualitativas revelam que a confiança da população na Justiça segue em sentido inverso: sua avaliação geral é abaixo da média em relação às outras instituições públicas e ela é considerada morosa, cara e de difícil utilização para a maioria da população” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 2.

¹²³- “Inúmeros são os motivos que incentivam a busca pelos métodos adequados de solução de conflitos, especialmente a longa duração dos processos judicial e os custos envolvidos na sua utilização, com o objetivo de analisar diversos requisitos, especificamente celeridade, racionalidade e economia na sistemática dos interesses em jogo” (GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 11)

¹²⁴- “A sociedade clama por um processo efetivo, que proporcione resultados no tempo necessário. Vem de muito a crítica sobre a morosidade da justiça. A efetividade do processo desaparece quando ele é caro e moroso, quando não há possibilidade efetiva de buscar a solução judicial, ou quando o tempo decorrido até a decisão é de tal monta que a torna obsoleta, desnecessária ou de qualquer modo ultrapassada” (CALMON, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015, p. 38).

¹²⁵- “Não há dúvida de que o renascer da conciliação é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *A conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 217).

A despeito da crise do Poder Judiciário, os meios alternativos devem ser complementares à prestação jurisdicional, e não substitutivos a ela. A harmonização entre justiça estatal e mecanismos alternativos é imprescindível, uma vez que

“[...] os meios alternativos não se propõem a concorrer com a Justiça estatal, e sim a oferecer uma segunda via ou um alvitre subsidiário, devendo-se, por outro lado, reconhecer que o Judiciário não tem como açambarcar todos os históricos de lesões temidas ou sofridas, donde ser de seu próprio interesse prestigiar os meios alternativos, por sua clara aptidão para prevenir a formação de novos processos, compondo a controvérsia de modo justo”¹²⁶.

É nesse cenário de crise do acesso à justiça pelo mecanismo estatal de solução de conflitos que se reacende o interesse e a promoção dos mecanismos consensuais de resolução de controvérsias.

3.2. Os mecanismos alternativos como instrumento adequado de acesso à justiça

Conforme mencionado alhures, a prevalência do mecanismo estatal para a resolução de conflitos não é uma ideia absoluta, até mesmo porque a possibilidade de se resolver conflitos por outros meios diversos do estatal sempre foi admitida¹²⁷. Muito embora tenha se popularizado a noção de que o mecanismo estatal de solução de conflitos represente a solução mais democrática e justa, especialmente em razão de ser um mecanismo estritamente formal, pode-se asseverar que atualmente há uma tendência de se relevar a formalidade na busca pela solução do conflito¹²⁸.

¹²⁶- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 257.

¹²⁷- “Since the arrival of political authority in the form of the state, the provision of dispute resolution mechanism has been bound up with the ambition of those in power to govern. By and large, the preference of the state has been to provide processes and institutions that we would want to characterize as formal, with litigation and adjudication central to the state-sponsored system of civil justice. But, even as these formal system of justice were being created, there were those who argued against them or who sought to modify their full rigor, or who simply looked for other ways to solve their differences” (ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes ADR and the primary forms of decision-making*, Londres, Cambridge, 2009, p. 11).

¹²⁸- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 2.

Segundo SILVA, os métodos de solução de conflitos variam de acordo com a sociedade em que eles estão inseridos, refletindo as expectativas dos indivíduos sobre formalidade, segurança, violência e justiça¹²⁹. Conforme assevera CHASE:

“[...] os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, constituída ou construída”¹³⁰.

Dessa maneira, tendo em vista que os mecanismos de solução de controvérsias são altamente influenciados pela cultura em que estão inseridos, naturalmente uma mudança de concepção da sociedade acaba por influenciar nos paradigmas até então adotados para a solução das controvérsias. Segundo SILVA, a hegemonia da jurisdição e o renascimento do interesse por mecanismos alternativos de solução de conflitos estão inseridos em um contexto de crise estatal e da sociedade em relação aos conceitos de forma, segurança, violência e justiça¹³¹.

ROBERTS e PALMER identificam que o ressurgimento do interesse pelos mecanismos alternativos de solução de controvérsias também é influenciado pela cultura, e decorre de impulsos religiosos, étnicos, políticos, territoriais e temporais para a desformalização que, de tempos em tempos, atinge a sociedade¹³².

Note-se que, no âmbito dos Estados Unidos da América, a partir do início do século XX já se percebe o aparecimento de mecanismos alheios ao aparato estatal para a

¹²⁹- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 3.

¹³⁰- CHASE, Oscar G.. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 21.

¹³¹- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 3.

¹³²- “The various contexts within which informal principles of justice have often been found reveal a widespread and persistent tendency to create alternatives to adjudication, or at least modified forms of adjudication, for handling disputes. Despite considerable cultural diversity and variations over time, we can often see a strong impulse to create institutions that rely on modes of decision-making other than adjudication for handling disputes. A general aversion to state-based formal justice, or religious, political, ethnic or territorial forces, or a felt need to refurbish courts and other agencies of formal justice are perhaps the most common contexts – sometime enclaves – within which ideologies and practices of informal justice have readily taken hold. The contemporary ADR movement is thus backed by quite firm historical credentials” (ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes ADR and the primary forms of decision-making*, Londres, Cambridge, 2009, p. 43-44).

solução de conflitos, especialmente nas relações comerciais complexas¹³³ e nos conflitos resolvidos dentro de uma comunidade¹³⁴.

CHASE revela que quatro fatores serviram de base para o ressurgimento do interesse em relação aos mecanismos alternativos de solução de conflitos nos Estados Unidos da América: (i) a hiperlegislação (decorrente de uma confiança excessiva no Direito para resolver os problemas da sociedade, causando aumento de litígios e a morosidade judicial); (ii) o movimento da contracultura (pelo qual atitudes e autoridades tradicionais passaram a ser questionadas, resultando também no questionamento ao sistema estatal de resolução de conflitos)¹³⁵; (iii) as privatizações (que reduziram o poder e a presença governamental em diversas áreas); (iv) e a perda de confiança na ideia de segurança¹³⁶.

Essas alterações culturais serviram de base para o chamado “*Alternative Dispute Resolution Movement*”, que teve como marco a chamada *Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, conferência patrocinada pela *American Bar Association*, pela *Conference of Chief of Justices* e pela *Judicial Conference of the United States* e ocorrida em 1976. Em verdade, conforme pontua SILVA¹³⁷, a expressão meios alternativos de solução de conflitos deriva do termo *alternative dispute resolution* (ADR),

¹³³- “O surgimento de tais técnicas deu-se fora da seara jurídica. Como decorrência da fortíssima necessidade de negociações no âmbito comercial, foi neles que seu desenvolvimento alcançou significativa propagação. As formas alternativas começaram no direito privado, especialmente nas relações comerciais, e foram se estendendo para áreas maiores de interesse de índole patrimonial e transacional, atingindo finalmente grupos organizados como sindicatos” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 146).

¹³⁴- “Identifica-se, assim, uma frente do movimento com sua raiz fincada na ideia de comunidade e que tem total identidade com controvérsias familiares e de conteúdo não apenas econômico, boa parte delas envolvendo o mundo dos negócios” (LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 614).

¹³⁵- “Os adeptos da contracultura eram presumivelmente avessos ao sistema de resolução de litígios fundado na atuação jurisdicional dos Tribunais: o poder dos juízes e advogados ofendia a ideia de que relações coercitivas entre a população são completamente inaceitáveis. A racionalidade linear do processo judicial também seria contrária à desconfiança desta corrente com a lógica da racionalidade, da análise, dos princípios, e a natureza adversária da relação processual conflitória com sua repulsa à ideia de competição. Para eles, os outros sujeitos não seriam algo contra o que devemos lutar. Isto fez com que, em meio à esperança e à euforia que marcaram a década de sessenta, quando o poder à comunidade tornou-se um tópico de destaque na reforma política os meios alternativos de resolução fossem reavivados” (CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 153-154).

¹³⁶- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 135-158.

¹³⁷- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 4.

que constituem diversos métodos de solução de conflitos diversos do mecanismo estatal, e que foi cunhada por SANDER ¹³⁸.

Nessa oportunidade, diversos juristas e professores reuniram-se para discutir a insatisfação com o mecanismo estatal de solução de conflitos, destacando os custos do processo, o tempo excessivo para a resolução dos conflitos e o abarrotamento do sistema¹³⁹. SANDER inclusive já vislumbrava um possível colapso do sistema estatal de solução de conflitos em virtude do grande aumento de processos direcionados ao Poder Judiciário, razão pela qual propôs uma visão do sistema de justiça no qual as cortes possuem múltiplas portas¹⁴⁰, algumas direcionando à solução estatal da controvérsia, outras direcionadas aos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Outros estudiosos também identificaram que a insatisfação com o mecanismo estatal de solução de disputas impulsionou os chamados mecanismos alternativos de solução de disputas. Nesse sentido, GALANTER reconhece que uma crescente litigiosidade, decorrente do crescimento econômico e de políticas de facilitação de acesso ao judiciário, geraram um ingresso cada vez mais de demandas, aumentando os custos da litigância e a morosidade dos processos, que servem como estímulo à adoção de mecanismos alternativos¹⁴¹.

De toda forma, é importante pontuar que o *ADR movement* ganha relevância e está intimamente ligado ao movimento de acesso à justiça iniciado com os

¹³⁸- O termo “*alternative dispute resolution*” foi utilizado no artigo apresentado pelo professor SANDER, FRANK E. A. denominado “*Varieties of dispute processing*, v. 70, p. 111-134, 1976: “*A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention*”.

¹³⁹- “[...] the ‘modern dispute resolution movement’ is often formally dated to the 1976 Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, at which Professor Frank Sander of Harvard Law School delivered an address on the ‘Varieties of Dispute Processing’. This speech was so influential that a number of court systems received funding to develop the ‘Multi-Door Courthouse’ to attempt to enact Professor Sander’s ideas and make them a functional reality” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al., *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 33).

¹⁴⁰- SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, v. 70, p. 111-134, 1976.

¹⁴¹- “Historically, as society and the economy have grown and an increasing portion of the population has gained access to the courts (whose users now include women, racial minorities, prisoners, and other once legally quiescent groups), the potential for invocation of the courts has multiplied more rapidly than the size of the judicial ‘plant’. Fewer cases that come to court can get full-blown adjudication. (and our notion of full-blown adjudication has become more refined and elaborate). The available ‘plant’ only allows courts to provide trials for a smaller and smaller minority of cases. As waiting times, cost, and uncertainty increase, settlement becomes more attractive. Increasingly, courts supply signals, markers, and sufficient background threats to induce resolution (or abandonment) of claims. (...) So we can understand the long-term decline of trials as the result of a conjunction of a restricted supply of judicial resources with the generation of signals and threats that manage to stretch the small supply of adjudication to meet increased demand” (GALANTER, Marc. *The hundred-year decline of trials and The Thirty Years War*, Stanford Law Review, v. 57, n. 1255, 2005, p. 1263-1264).

estudos de CAPPELLETTI e GARTH, o qual demonstrou que a expressão *acesso à justiça* possibilita a utilização de diversas instituições em busca da justiça material¹⁴². Para GALANTER, todavia, a utilização pelo Judiciário dos mecanismos alternativos de solução de conflitos como medida de filtro ao acesso à justiça (seja impossibilitando o acesso às cortes, seja redirecionando outros casos), com o exclusivo escopo reduzir o número de casos submetidos à apreciação estatal, acabou por afastar a presunção de que os mecanismos alternativos são instrumento de acesso à justiça¹⁴³.

No Brasil, conforme já pontuado alhures, a promoção de outros mecanismos de solução de controvérsias já constava na Constituição do Império do Brasil de 1824¹⁴⁴, a qual previa a figura do juiz de paz (art. 162¹⁴⁵⁻¹⁴⁶) e condicionava o ajuizamento de demandas à tentativa de conciliação prévia (art. 161¹⁴⁷), bem como previa a possibilidade de as partes nomearem juízes-árbitros para resolverem o conflito (art. 160¹⁴⁸). A obrigatoriedade da conciliação prévia somente veio a ser revista em 1890, a partir do Decreto n. 359/1890, sob argumentos de ineficiência dessa política e de ofensa à liberdade de ação.

Na década de 1980, em um contexto de redemocratização e de expansão dos canais de acesso à justiça, a conciliação e a mediação começam a ganhar relevância na prática brasileira, já influenciada pelo *ADR Movement* de origem norte-americana. Nesse contexto de democratização de acesso à justiça foram criados os juizados de pequenas causas¹⁴⁹ (lei federal n. 7.244/84, posteriormente revogada pela lei 9.099/95, a qual instituiu

¹⁴²- “Em seu início, o terceiro trigêmeo, o movimento pelos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) era tão próximo do Acesso à Justiça que por vezes era difícil distingui-los” (GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan/jun-2015).

¹⁴³- GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan/jun-2015.

¹⁴⁴- “O estudo histórico a respeito dos meios de solução de controvérsias diferentes da sentença estatal demonstra que o Brasil conheceu diferentes períodos envolvendo os dois meios que têm algum relevo em nossa tradição jurídica, a conciliação e a arbitragem” (LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 606).

¹⁴⁵- Art. 162. Para este fim haverá juízes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegendem os Vereadores das Camaras. Suas atribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

¹⁴⁶- Sobre a importância e a evolução da figura do juiz de paz no direito brasileiro, confira-se: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 103-113.

¹⁴⁷- Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo”.

¹⁴⁸- Art. 160. Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas partes.

¹⁴⁹- “De acordo com esse conceito, democratizar o acesso à justiça corresponde a facilitar o acesso do cidadão à Justiça por meio da conciliação, simplicidade dos procedimentos, celeridade e economia. Tal definição tem

os Juizados Especiais) e a mediação foi prevista em diversos diplomas legais na esfera trabalhista.

Ainda em decorrência da influência do *ADR Movement*, em 1996 foi editada a lei federal n. 9.307/96, a qual dispôs sobre a utilização da arbitragem e o caráter vinculante da sentença arbitral. Após uma inicial resistência à ampla adoção da arbitragem e a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem (STF, SE n. 5.206), tal forma de solução ganhou espaço na cultura brasileira de solução de conflitos.

Segundo ALVES DA SILVA, o acolhimento da arbitragem e sua rápida difusão tiveram o condão de romper com a resistência inicial aos mecanismos alternativos de solução de conflitos, possibilitando que a conciliação e a mediação (meios consensuais) tivessem menos resistência e maior facilidade de propagação¹⁵⁰. A partir de meados dos anos 2000 verificou-se um grande crescimento e desenvolvimento de programas de acesso à justiça, incentivando as práticas da mediação e da conciliação, desenvolvidos por Tribunais de Justiça estaduais¹⁵¹ e por organizações não governamentais.

Nesse contexto o Conselho Nacional de Justiça foi responsável pela adoção de inúmeras políticas voltadas ao incentivo da prática da mediação e da conciliação como mecanismos de solução de disputas, culminando na edição da Resolução n. 125 do CNJ, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, assegurando a prática da mediação e da conciliação no território nacional, criando uma disciplina mínima e uniforme para viabilizar a prática dos meios consensuais no Poder Judiciário. A criação da Resolução n. 125 teve como escopo estimular, difundir e aprimorar

a vantagem de englobar as questões apresentadas pelas diferentes perspectivas que tratam do tema: ela aborda a eliminação dos obstáculos de acesso à justiça, a necessidade de um Judiciário eficiente para a institucionalização da democracia e a possibilidade da participação da comunidade na solução dos conflitos mediante a conciliação” (CUNHA, Luciana Gross Siqueira. *Juizado especial: criação, funcionamento e democratização do acesso à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 13).

¹⁵⁰- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 8-9.

¹⁵¹- “Enquanto na institucionalização dos Juizados Especiais o protagonismo coube ao Executivo, através de política pública voltada à sua criação e implementação, no caso da mediação e conciliação nota-se o predomínio de ações do Judiciário voltadas à autocomposição” (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 180).

as práticas já adotadas em diversos tribunais do Brasil, disseminando a cultura de pacificação social através de serviços autocompositivos de qualidade¹⁵².

Para SILVA, a resolução “tratou-se do marco de uma política pública judiciária, pela qual a resolução consensual dos conflitos seria paulatinamente organizada na sociedade civil a partir do próprio Poder Judiciário”¹⁵³.

O ponto fundamental¹⁵⁴ da Resolução consta logo em seu terceiro “considerando”, o qual estabelece “que o direito de acesso à Justiça¹⁵⁵, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além de vertente formal perante os órgãos do Poder Judiciário, implica acesso à ordem jurídica justa”.

Trata-se, portanto, do reconhecimento da ampliação do direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal, adotando-se o conceito difundido pelo Professor Kazuo Watanabe de acesso à ordem jurídica justa¹⁵⁶, que traduz também a necessidade de possibilitar aos jurisdicionados uma justiça adequada ao tipo de conflito¹⁵⁷.

Segundo PINHO, o Código de Processo Civil de 2015, ao prever em seu art. 3º que “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também caminha nessa mesma direção pois, de modo sutil, traz uma garantia mais ampla do que aquela prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, especialmente decorrente da

¹⁵²- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de. (org.), *Manual da Mediação Judicial*. 5ª ed., Brasília, CNJ, 2015, p. 33-34.

¹⁵³- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012, p. 9.

¹⁵⁴- “Esse é o principal fundamento da Resolução e, embora apresentado como simples ‘considerando’ revela, na verdade, a mais ousada e acertada interpretação já realizada a respeito da garantia constitucional do ‘acesso à justiça’” (CALMON, Petrônio, *Fundamentos da Mediação e Conciliação*, 3ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, 129).

¹⁵⁵- De maneira acertada, Petrônio Calmon aponta um pequeno equívoco na utilização do termo “Justiça”, com a letra inicial maiúscula. Isso porque a utilização do termo Justiça denota o conjunto de órgãos judiciais, ou seja, o próprio Poder Judiciário, ao passo que a intenção da resolução era ampliar o significado do termo, referindo-se ao próprio valor de justiça (*Fundamentos da Mediação e Conciliação*, 3ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, 129).

¹⁵⁶- “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo, RT, 1988. p. 128).

¹⁵⁷- “O preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário” (WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*, In: DELGADO, José (coord) et al.), *Mediação: um projeto inovador*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários – CJF, 2003, p. 56).

exclusão da menção “a lei” presente no comando constitucional¹⁵⁸. Para o autor, o direito de acesso à justiça “abrange a oportunidade de solucionar conflitos no âmbito privado, onde também devem estar garantidas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito”¹⁵⁹.

Embora não seja objeto deste trabalho a análise do conceito de jurisdição à luz dos mecanismos alternativos de solução de conflitos¹⁶⁰, o Código de Processo Civil de 2015 institucionalizou a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário como métodos de solução de conflitos. Aliás, o diploma processual expressamente dispõe que a prática da mediação, conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deverão ser promovidos pelo Estado e estimulado pelos operadores do sistema jurídico (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º¹⁶¹).

A institucionalização desses métodos de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, com a previsão da realização de audiência inicial de conciliação ou de mediação nos processos judiciais, confirma uma tendência de instituir um sistema

¹⁵⁸- “Embora as expressões sejam próximas, uma leitura mais atenta revela a sutileza do comando infraconstitucional, de modo a oferecer uma garantia mais ampla, não restrita à estrutura do Poder Judiciário, a quem é entregue o dever de prestar a jurisdição, mas não como um monopólio” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015*, Revista de Processo, vol. 254/2016, p. 17-44, abr/2016).

¹⁵⁹- “Embora as expressões sejam próximas, uma leitura mais atenta revela a sutileza do comando infraconstitucional, de modo a oferecer uma garantia mais ampla, não restrita à estrutura do Poder Judiciário, a quem é entregue o dever de prestar a jurisdição, mas não como um monopólio” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015*, Revista de Processo, vol. 254/2016, p. 17-44, abr/2016).

¹⁶⁰- Sobre o tema, confira-se SALLES, Carlos Alberto de: “*Os mecanismos alternativos de solução de controvérsias devem ser entendidos como sucedâneos válidos da jurisdição estatal. É necessário, portanto, que o processo civil crie mecanismos aptos a permitir a convivência integrada da jurisdição estatal com os mecanismos de solução de controvérsias de variada espécie*” (*Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz et al. (coord.), São Paulo, RT, 2006, p. 792). Também nesse sentido é o entendimento de TARTUCE, Fernanda: “*O incremento ao estímulo às vias alternativas à jurisdição revela-se marcante, visto que se busca atribuir ao resultado do consenso das partes a mesma eficácia da decisão proferida pelo órgão estatal. Confirma-se, então, a assertiva de que a prestação jurisdicional do Estado não é, definitivamente, o único mecanismo eficiente de distribuição de justiça, nem constitui a exclusiva sede de atividade jurisdicional*” (TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 163). Em sentido diverso é o entendimento de MESQUITA, José Ignácio Botelho, que defende a jurisdição como monopólio do Estado na distribuição e realização da justiça (*As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame*. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, São Paulo, RT, 2005, p. 263-307).

¹⁶¹- Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

multiportas para a solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário¹⁶², no qual são colocados à disposição do jurisdicionado diversos mecanismos para solucionar determinado conflito. Trata-se de um avanço significativo no reconhecimento de que nem sempre o mecanismo estatal é o mais adequado para solucionar a controvérsia, sendo a demonstração efetiva da aplicação do princípio da adequação em relação aos mecanismos alternativos¹⁶³.

Mediante critérios de triagem (seja instituídos pela lei, seja em razão da análise feita por juízes ou outros funcionários do fórum, seja por meio de acordo entre as partes), o conflito pode ser encaminhado ao mecanismo mais adequado para a sua solução, a depender necessariamente da análise do caso concreto. Daí porque é necessário o entendimento acerca do conflito e de suas características para maximizar a adequação dos métodos de solução de controvérsias¹⁶⁴.

Note-se, por outro lado, que os mecanismos alternativos ainda podem ser aplicados extrajudicialmente, conforme inclusive reconhece o Código de Processo Civil em relação à mediação e à conciliação extrajudiciais: “*art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica*”.

Por essa razão, pode-se considerar também a existência de um sistema pluriprocessual de tratamento e resolução de conflitos, decorrente da previsão de diversos mecanismos distintos no ordenamento jurídico¹⁶⁵, permitindo também às partes a escolha do mecanismo desejado – daí o porquê de ser fundamental a efetivação do direito de informação

¹⁶²- “O sistema multiportas estatal pode ser definido como a atividade do Poder Judiciário empreendida para orientar os litigantes sobre as diferentes alternativas para compor o conflito, sugerindo qual seria a saída mais pertinente para o deslinde da questão; o Estado se incumbem de encaminhar as partes no sistema multiportas de forma gratuita, orientando-as antes do início de uma demanda judicial. Em modelos gerenciados pelo Poder Judiciário, como o do Brasil, cabe a ele o papel de gestor do conflito apto a indicar o mecanismo mais adequado, ainda que se afastando de sua clássica prestação jurisdicional; nesse tipo de cenário, o meio selecionado pode ser obrigatório ou não” (TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 69).

¹⁶³- ALMEIDA, Diogo Assunção Resende de. *O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos*. IN: ARNOLDO WALD (org.), *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*, São Paulo, RT, 2014, p. 110.

¹⁶⁴- Ver item 3.5.

¹⁶⁵- “The notion that particular forms of dispute processing were appropriate for particular kinds of legal, political, social, and economic problem solving reflected an emerging intellectual school, derived from the Legal Process school of the 1950s, called ‘Process Pluralism’. Adherents of this view also believed that particular structures evolve to meet functional needs. This strand of thinking continues to this day as we attempt to ‘fit the forum to the fuss’ and assign particular kinds of disputes to appropriate processes” (MENKEL-MEADOW, Carrie J., *Roots and Inspirations – A brief history of the foundations of dispute resolution*, In: MOFFITT, Michael L.; Robert C. BORDONE, Robert C. (ed.). San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 19).

aos jurisdicionados acerca dos diversos mecanismos colocados à sua disposição para solucionar determinado conflito¹⁶⁶.

Somente através da ampla informação é que as partes poderão analisar seu conflito e, levando-se em conta aspectos como custos financeiros e emocionais, celeridade, sigilo, relacionamento, *etc.*¹⁶⁷, escolher o mecanismo que entenderem adequados, atendendo à premissa de liberdade que fundamenta as práticas alternativas¹⁶⁸.

De toda forma, destacada a importância do direito à informação e do processo de triagem dos conflitos, GALANTER identifica dois conjuntos de argumentos principais para fundamentar a escolha de um determinado mecanismo de resolução de controvérsias em detrimento de outro: o primeiro, chamado de argumento de *produção*, refere-se “à possibilidade do mecanismo produzir mais com menor dispêndio de recursos” (tradução livre)¹⁶⁹. O segundo conjunto argumentativo seria de *qualidade*, ou seja, a superioridade daquele determinado processo em relação aos demais, intimamente ligado aos resultados que ele pode produzir¹⁷⁰.

¹⁶⁶- “Devem-se difundir todos os meios para a solução dos conflitos a ponto de se tornarem conhecidos por todos os cidadãos, tanto para a defesa de seus direitos pessoais, quanto das empresas ou entidades que eventualmente dirijam. Para que haja opção genuína, deve haver informação suficiente. O cidadão comum e o empresário, todos, devem conhecer bem os meios de solução dos conflitos, com as peculiaridades específicas de cada um, para que possam optar conscientemente, de acordo com seu real interesse, pois sem conhecimento não há o que falar em liberdade de escolha” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015, p. 159-160).

¹⁶⁷- Nesse contexto, a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em conta características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de. (org.), *Manual da Mediação Judicial*. 5ª ed., Brasília, CNJ, 2015, p. 17).

¹⁶⁸- “É inconcebível pensar em qualquer meio alternativo se não houver como premissa a vontade das partes. A solução via meios alternativos autocompositivos ou heterocompositivos pressupõe a plena liberdade de escolha. Antes de faculdades, direitos e ônus assumidos em determinado procedimento, é dado às partes escolher até mesmo o método de solução de controvérsia. É evidente que a escolha do método pode ser exercida antes mesmo de um conflito surgir, por meio de disposição contratual. Mas pode ser também escolhida depois de surgido. Também nesta hipótese a liberdade de escolha é igualmente amplíssima” (LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 600-601).

¹⁶⁹- GALANTER, Marc., *Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*, Denver University Law Review, Spring, 1989, vol. 66(3).

¹⁷⁰- “This bring us to our second great cluster of arguments – assertions about the superiority of alternative processes or the outcomes that they produce. For example, it may be argued that a given process is superior because it increases the parties’ satisfaction, encourages the re-establishment of friendly relations, is more suffused by social norms, fosters integrative solutions, leads to more compliance, generates useful precedents, and so forth. These assertions about beneficial characteristics are ‘quality’ arguments. [...] The term was adopted to summarize and emphasize the wide range of valued characteristics, apart from cost, time and institutional convenience, that are implicated in disputing” (GALANTER, Marc. *Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*, Denver University Law Review, Spring, 1989, vol. 66(3)).

É através desse segundo conjunto de argumentos, identificados pela adequação do conflito ao mecanismo de resolução, que o direito de acesso à ordem jurídica justa encontra-se ligado aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, impondo que o conflito seja submetido ao mecanismo mais adequado para o seu tratamento – seja ele um mecanismo estatal ou não.

Em relação ao mecanismo estatal de solução de controvérsias, fala-se sobre o princípio da adequação no sentido de que o instrumento processual e a tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado devem ser adequados à realidade do direito material¹⁷¹. O respeito ao princípio da adequação demonstra a superação da interpretação de que o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal disciplina apenas o direito de acesso aos tribunais, traduzindo portando uma necessidade de se proporcionar aos jurisdicionados a tutela jurisdicional adequada ao bem da vida.

Segundo DIDIER JÚNIOR, tal princípio pode ser visualizado em dois momentos: “a) legislativo, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida”¹⁷².

Nesse sentido, sob o ponto de vista legislativo, impõe-se que cada procedimento seja estabelecido com a finalidade última servir ao bem da vida que se pretende tutelar, de modo a tornar o processo um instrumento adequado para a solução do conflito e para a pacificação social¹⁷³, alcançando os escopos traçados pela jurisdição. Sob o ponto de vista jurisdicional, parcela da doutrina entende que, ainda que não haja previsão

¹⁷¹- “O instrumento, portanto, para que possa cumprir sua finalidade há de ser adequado, vale dizer: o processo necessariamente para que possa cumprir a missão de realizar o direito há que se adequar objetiva e subjetivamente tanto à natureza do direito posto em causa, como à qualidade das partes, ou seja, se individual o direito haverá de possuir o processo certas características próprias do segmento debatido e assim sucessivamente, considerando se este é coletivo, se é disponível, se é indisponível e tantas quantas forem as descobertas ou redescobertas impostas pela realidade jurídica” (PORTO, Sérgio Gilberto. *A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade*. In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 182).

¹⁷²- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 74.

¹⁷³- “A dimensão do acesso à Justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito” (MELLO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 690).

legal expressa autorizativa, a adaptação seria permitida desde que respeitado o contraditório e realizada com o escopo de proteger o direito material¹⁷⁴. Dessa maneira, estaria o juiz autorizado a buscar a eficiência para o processo e a prestação de uma tutela jurisdicional útil e adequada, através de adaptações procedimentais, desde que nos limites do devido processo legal substancial¹⁷⁵.

Reflexo do princípio da adequação aplicado no âmbito do processo estatal e da preocupação em proporcionar um mecanismo efetivo e satisfatório para os jurisdicionados é a previsão, no Código de Processo Civil de 2015, do negócio jurídico processual (CPC, art. 190) e da calendarização (CPC, art. 191), autorizando as partes e o juiz a realizarem adaptações no procedimento e disporem sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, bem como autorizando a fixação de calendário para a prática de atos processuais.

Ainda que notável a preocupação dos processualistas em relação à efetividade e adequação do processo ao direito material, o processo judicial muitas vezes é incapaz de proporcionar soluções satisfatórias para as partes em conflito.

A solução adjudicada estatal muitas vezes não consegue alcançar a efetiva pacificação das partes porque enfoca a crise social apenas sob o viés jurídico, analisando-o sob uma lógica binária – vencedor e vencido, certo e errado, que muitas vezes acaba por acirrar as disputas¹⁷⁶. O tratamento dos conflitos pela via jurisdicional é pautado por uma disputa acirrada, gerando um sistema de “ganha-perde”, na qual a resposta final será em regra adjudicada a uma das partes por um terceiro¹⁷⁷.

¹⁷⁴- “[...] a segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento, eis que a flexibilização pode se dar com plena participação das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e tampouco preestabelecidas. São requisitos para que se opere a flexibilização judicial do procedimento: (a) a finalidade (proteção ao direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento); (b) o contraditório prévio; (iii) a motivação. Fora destas circunstâncias, o procedimento segue o regime legal padrão” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 225).

¹⁷⁵- PORTO, Sérgio Gilberto. *A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade*. In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 179.

¹⁷⁶- “Muitas vezes o modelo contencioso de tratamento de conflitos, calcado no antagonismo, enseja respostas combatidas e acirradas, a gerar nas partes (e especialmente em seus advogados) uma postura de luta que acaba por afastá-las dos verdadeiros objetivos de composição com justiça” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008, p. 107).

¹⁷⁷- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008, p. 102-103.

Nesse sentido, MENKEL-MEADOW assevera que esse sistema binário

“não é a melhor forma para revelar a verdade; o debate polarizado distorce a verdade, deixa de lado informações importantes, simplifica questões complexas e geralmente ofusca em vez de clarificar. Mais significativamente, alguns assuntos – geralmente casos cíveis, mas ocasionalmente criminais – não são suscetíveis a uma solução ou conclusão binária (isto é, certo/errado, ganhar/perder” (tradução livre)¹⁷⁸.

CAIVANO, GOBBI e PADILLA, ao analisarem a decisão adjudicada estatal, reconhecem que o mecanismo estatal de solução de conflitos muitas vezes não considera aspectos pessoais das partes, as consequências do conflito no relacionamento intersubjetivo e outros aspectos da disputa, pois o juiz e a decisão estão vinculados aos pedidos formulados pelas partes e à aplicação das normas. Nesse cenário, concluem que, diante da possibilidade de a decisão adjudicada destruir o relacionamento intersubjetivo das partes através de uma categorização de certo/errado, o método adjudicativo não seria o mais adequado¹⁷⁹.

Assim, a adoção do mecanismo estatal heterocompositivo para situações não adequadas pode dar origem à denominada litigiosidade remanescente, persistindo determinados aspectos do conflito porque não foram analisados ou devidamente tratados pelo Estado-juiz. Lembre-se que as partes, ao levarem o conflito à apreciação do Poder Judiciário, nem sempre demonstram toda a sua extensão, omitindo determinados aspectos fáticos socialmente relevantes – daí porque o processo judicial, muitas vezes, tem sua atuação limitada apenas a uma fatia do conflito existente entre as partes¹⁸⁰.

Nesse sentido ganha-se destaque a pacificação do conflito em sua totalidade, conforme adverte WATANABE, porque “se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a de pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes”.¹⁸¹ Assim, a decisão judicial, em vez de pacificar o conflito, muitas vezes tem o condão de acirrá-lo em razão do persistente inconformismo das partes.

¹⁷⁸- MENKEL-MEADOW, Carrie J. *The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world*, William and Mary Law Review, oct. 1996, vol. 38(1), p. 5-44.

¹⁷⁹- CAIVANO, Roque. J.; GOBBI, Marcelo.; PADILLA, Roberto. *Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 70-74.

¹⁸⁰- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 87.

¹⁸¹- WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*, Brasília, 2002, Conselho da Justiça Federal, p. 46.

Em relação a esses fatores que não são juridicamente tutelados, mas que são relevantes para o conflito, DEUSTCH apresenta uma relevante classificação acerca dos mecanismos de solução de conflitos, dividindo-os em *processos construtivos* e *processos destrutivos*¹⁸². Em razão das peculiaridades dos processos destrutivos, eles são caracterizados pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social existente entre as partes, razão pela qual verifica-se uma tendência de expansão e agravamento do conflito enquanto submetido ao mecanismo de solução. A solução adjudicada estatal, em regra, representa um processo destrutivo que, frequentemente, acentua o conflito social¹⁸³.

Por outro lado, os processos construtivos são caracterizados (i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas de modo a compatibilizar seus interesses; (ii) pela motivação dos envolvidos em resolver as questões sem atribuições de culpa e fora da lógica binária de vencedor/vencido; (iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação em caso de eventual impasse; (iv) e pela possibilidade de serem abordadas todas e quaisquer questões que impactem, de alguma forma, o conflito¹⁸⁴.

Ou seja, o mecanismo estatal muitas vezes não é o instrumento mais adequado para a composição de um determinado tipo de conflito. Nesse sentido, outros mecanismos – tais como a arbitragem, a negociação, a conciliação, a mediação *etc.* – podem representar o meio mais adequado para o tratamento do conflito, em razão de sua natureza ou de suas características intrínsecas, buscando-se o pleno atendimento ao direito de acesso à ordem jurídica justa.

Não se prega aqui a prevalência dos meios alternativos sobre o processo estatal. Cada método de solução de conflitos apresenta contribuição específica e tem suas

¹⁸²- DEUSTCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, New Haven, Yale University Press, 1973.

¹⁸³- “(...) constata-se que em grande parte o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se, em especial na sua feição pública (*i.e.*, processo judicial), em torno de processos destrutivos, lastreados em procedimentos fundados, em regra, somente no direito positivo. (...) As partes, quando buscam, para solução de seus conflitos, auxílio do Poder Judiciário ou de entes privados que servem para resolver litígios ‘sob os auspícios do Estado’ frequentemente têm o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídico-processual, mas que na prática acabam por se mostrar ineficientes e enfraquecer os relacionamentos sociais entre as partes em conflito” (AZEVEDO, André Gomma. *Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista*. In: SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2015, p. 27).

¹⁸⁴- DEUSTCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, New Haven, Yale University Press, 1973.

virtudes e defeitos, razão pela qual a escolha deve recair sobre aquele que ofereça maiores benefícios para as partes. Nesse sentido destaca-se, mais uma vez, o caráter de liberdade que envolve os mecanismos alternativos de solução de disputas, autorizando as partes a escolherem a forma de solução que melhor lhes convir.

Conforme destaca ALMEIDA, os diversos mecanismos de solução de controvérsias à disposição das partes “obterão melhores resultados se servirem à solução daqueles conflitos cujas especificidades se encaixem com o procedimento e com as técnicas de cada um deles”, asseverando ainda que as partes devem observar um *princípio da adequação* para escolher o mais eficiente e apropriado mecanismo de composição¹⁸⁵.

Para MENKEL-MEADOW et al, os critérios relevantes para a escolha do mecanismo são: (a) a natureza da disputa; (b) o relacionamento entre as partes; (c) o montante em disputa; (d) os custos decorrentes de cada mecanismo; (e) a celeridade¹⁸⁶.

Nesse contexto, a escolha do mecanismo mais adequado (seja pelas partes, seja em razão de uma triagem e direcionamento em um fórum multiportas) deve levar em consideração todas as características e aspectos de cada processo, tais como: a natureza do conflito, a relação existente entre as partes, a intenção de se preservar ou não a confidencialidade, a existência de interesse público, a celeridade e os custos envolvidos no processo, a intenção de se gerar ou não um precedente, intenção sobre a manutenção do relacionamento, a flexibilidade procedimental, a exequibilidade da solução, os custos emocionais na composição do conflito, *etc.*

Para que se alcance o direito de acesso à ordem jurídica justa, através da submissão do conflito ao mecanismo mais apropriado para resolvê-lo, faz-se imprescindível a análise de diversos aspectos do conflito, sendo necessária a promoção pelo Estado de políticas públicas a difundir os mais diversos meios de solução de conflitos, dentro ou fora do Judiciário.

¹⁸⁵- ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. *O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos*. In: WALD, A. (org.), *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo, RT, 2014, p. 107-108.

¹⁸⁶- MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al., *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 37-40.

Além de proporcionar que o conflito seja resolvido através do instrumento mais adequado, os mecanismos alternativos também contribuem para o acesso à justiça de outra maneira.

Conforme será visto no próximo capítulo, antes mesmo de o conflito se transformar em disputa e de a parte acionar o mecanismo de solução de controvérsias, existem etapas anteriores do conflito que precisam ser superadas: (a) a percepção do injusto perpetrado contra determinada pessoa e (b) a atribuição da responsabilidade pela experiência injusta a uma outra pessoa. Somente quando superadas essas etapas é que se faz a opção pelos mecanismos mais adequados para a solução da controvérsia¹⁸⁷.

Lembre-se que, nos termos do quanto defende KAZUO WATANABE, o direito de acesso à justiça implica no direito à informação e perfeito conhecimento acerca do direito substancial. Afinal, os direitos só se tornam efetivos quando os indivíduos têm conhecimento sobre eles e, em caso de eventual violação ou ameaça de lesão, possam recorrer a instâncias de solução de controvérsias.

E, diante de dificuldades impostas pelo próprio mecanismo estatal de solução de conflitos (morosidade, custos, constituição de advogado, *etc.*), muitas vezes as partes podem até mesmo renunciar à pretensão, formando a chamada litigiosidade contida. Esse fenômeno foi bem analisado, no Brasil, à época da promulgação da lei federal n. 7.244/1984, que instituiu o Juizado de Pequenas Causas, que tinha justamente o objetivo de eliminar essa litigiosidade contida¹⁸⁸ e promover a democratização do acesso à justiça, com vistas a facilitar o acesso do cidadão à Justiça através da conciliação, da simplicidade de procedimento, dos baixos custos e da celeridade.

¹⁸⁷- “Só a attitude inconformista do lesado perante a rejeição da sua queixa pelo lesante faz desencadear os mecanismos institucionais, mais ou menos formalizados, de resolução de conflitos. E é aqui que se faz a opção fundamental quanto ao mecanismo resolutório a adotar. É aqui que, perante as questões de adequação, custos, interrelação, expectativas e acessibilidade se pondera qual o melhor caminho para se conseguir uma solução que responda satisfatoriamente aos interesses em causa” (FRADE, Catarina. *A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003, p. 107-128).

¹⁸⁸- “[...] o drama da vida contemporânea em sociedade põe em patético realce o de pacificação social, eliminação de conflitos através do processo e das medidas imperativas a que ele conduz (escopo social da jurisdição). A angústia da via cara e complicada de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mais as prolongadas esperas pelo produto acabado dos demorados processos que este celebra formalmente, constituem fatores que, se não os agravam, impedem que o Estado possa eficazmente eliminar os conflitos que, no convívio social, conduzem à infelicidade pessoal de cada um e a atitudes de perigosa desconfiança em face das instituições estatais e descrença dos valores da sociedade. É preciso uma verdadeira cruzada contra a litigiosidade contida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*, São Paulo, RT, 1986, p. 1-2).

A questão do acesso à justiça também pode ser endereçada aos momentos anteriores à transformação do conflito em disputa, ou seja, nas etapas anteriores à escolha do mecanismo mais adequado para solução de disputas. Trata-se de superar eventuais óbices financeiros, informacionais, culturais e sociais que impedem que determinado indivíduo procure os canais de solução de controvérsias.

Nesse sentido, os mecanismos alternativos de solução de disputas (especialmente os mecanismos consensuais), pelas suas próprias características de informalidade, de busca pela solução consensual e menores custos econômicos e sociais, são mecanismos que também tem o condão de impactar na litigiosidade contida, permitindo ao cidadão que reclame perante os órgãos responsáveis a resolução de determinado conflito.

Lembre-se, ademais, que os cidadãos que experimentam uma injustiça passível de proteção judicial têm sua qualidade de vida diretamente afetada, desenvolvendo problemas sociais e de saúde as quais são atribuídos diretamente a esses conflitos. Desse modo, para CURRIE, a análise das pessoas que não submeteram seus problemas aos mecanismos de solução de conflitos acaba por vincular o direito de acesso à justiça a outras áreas, tais como a área social e a área de saúde¹⁸⁹. Daí porque a abertura de novas portas para a solução de problemas pode afastar esses impactos negativos de uma litigiosidade contida.

Portanto, os mecanismos alternativos são novas e necessárias portas para o encaminhamento de disputas, que viabilizam o ingresso de novas disputas que poderiam estar reprimidas, ou até mesmo disputas que sequer poderiam ser apreciadas pela via estatal. Nesse sentido já alertava SANDER de que novos mecanismos poderiam encorajar pretensões que estavam sendo suprimidas, razão pela qual tornar o sistema de solução mais eficiente implicaria no recebimento de mais demandas¹⁹⁰.

¹⁸⁹- *“This approach to research on justiciable problems views legal problems and concepts of justice from the point of view of the people who experience them. This perspective locates access to justice in a broader policy framework than might be customary. Access to justice policy and services are linked to broader issues of public policy that reside outside the traditional justice domain. The provision of access to justice services can play a part not only in alleviating or preventing justiciable problems, but also a broader range of social and health problems. This is because experiencing justiciable problems is one aspect of a larger process by which social disadvantage is created, as justiciable problems trigger both other justiciable problems and a range of health and social problems. Access to justice services can therefore play an important role in building an inclusive society, diminishing social disadvantage, dependence and the related cost to public services”* (CURRIE, Ab. *The legal problems of everyday life*. In: SANDEFUR, R. L. (ed.). *Access to Justice*. Wagon Lane, Emerald Jai, 2009, p. 37).

¹⁹⁰- *“It is important to realize, however, that by establishing new dispute resolution mechanisms, or improving existing ones, we may be encouraging the ventilation of grievances that are now being suppressed. Whether that will be good (in terms of supplying a constructive outlet for suppresses anger and frustration) or ether it will simply waste scarce societal resources (by validating grievances that might otherwise have remained*

Para FRADE, os mecanismos alternativos desempenhariam uma dupla e paradoxal função: por muitas vezes serem os meios mais adequados para a solução de determinados conflitos, eles acabam por retirar do mecanismo estatal aqueles conflitos inadequados para a solução adjudicada, contribuindo para um descongestionamento do sistema judicial; por outro lado, os mecanismos alternativos acabam por incentivar a própria litigiosidade, combatendo a litigiosidade contida e abrindo novas portas para o jurisdicionados resolverem seus conflitos¹⁹¹.

Portanto, os mecanismos alternativos devem ser vistos como instrumento de acesso à justiça e à ordem jurídica justa, na medida em que abrem novas portas para que os jurisdicionados reclamem a solução de um determinado conflito, bem como representam os métodos adequados à resolução de certos tipos de controvérsias.

3.3. Os mecanismos alternativos como filtro de acesso à Justiça (*rectius*, Poder Judiciário)

Nos capítulos anteriores, constatou-se que a chamada crise da justiça teve o condão de reacender o interesse para a previsão e adoção de mecanismos alternativos para a solução de conflitos. Nesse sentido, lembre-se que o *ADR movement* iniciou-se especialmente em razão das diversas críticas com o sistema legal tradicional dos Estados Unidos da América.

Essas críticas tinham dois fundamentos: o primeiro deles era o fundamento de eficiência ou quantitativo, segundo o qual o sistema tradicional de solução de conflitos possuía muitos casos, o que impedia a rápida e eficiente entrega da justiça, e gerava custos muito altos aos litigantes; e o segundo conjunto de argumentos estava ligado ao aspecto qualitativo, pelo qual os resultados obtidos através do mecanismo estatal de solução de conflitos muitas vezes era inadequado para resolver os problemas sociais¹⁹².

dormant) we do not know. The important thing to note is that there is a clear trade-off: the price of an improved scheme of dispute processing may well be a vast increase in the number of disputes being processed" (SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, v. 70, p. 111-134, 1976).

¹⁹¹- FRADE, Catarina. *A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003, p. 107-128.

¹⁹²- MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 33.

Segundo AUERBACH, durante a própria POUND CONFERENCE os argumentos quantitativos para adoção dos mecanismos alternativos foram protagonistas, razão pela qual as reformas no método estatal de solução de conflitos transformaram-se na maior preocupação durante a conferência em razão da sobrecarga do Poder Judiciário¹⁹³.

Nesse contexto, a adoção e institucionalização dos mecanismos alternativos de solução de disputas nos Estados Unidos tiveram grande participação dos próprios juízes, preocupados com o aumento do volume dos processos e com a incapacidade de o processo estatal conferir justiça de qualidade, célere e efetiva, aos casos a ela submetidos¹⁹⁴. E, conforme aponta GALANTER, nas últimas décadas houve uma significativa diminuição dos casos efetivamente julgados pelas Cortes americanas (muito embora durante as décadas de 1960 e 1990 houve aumento do número de processos), a qual pode ser explicada também pela utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos¹⁹⁵.

No Brasil, como visto, em razão da previsão de novos direitos e o papel atribuído ao Estado de efetivá-los, especialmente em razão da Constituição Federal de 1988, a maior complexidade das relações, a proliferação de normas, a conscientização da população acerca de seus direitos, *etc.*, além de um movimento de democratização do acesso à justiça, geraram um aumento de litigiosidade e, portanto, do número de demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

¹⁹³- “Support for [alternative dispute resolution] among legal professionals, however, slipped quickly into a constricted argument for judicial efficiency. (...) Bar leaders, alarmed by persistent public criticism and low professional esteem after the Watergate scandals, narrowly defined the problem as an overburdened judiciary; a ‘basically sound mechanism’, according to Chief of Justice Warren Burger, that required modern streamlining. Court reform was the major preoccupation of participants, who inquired whether too much was asked of courts (yes); whether litigation was too complex (yes); whether the adversarial system was functioning optimally (no). The persistent cause of judicial malaise, participants agreed, was ‘simply overload’. (AUERBACH, Jerold S. *Justice without law? Resolving disputes without lawyers*, New York, Oxford University Press, 1983).

¹⁹⁴- “Much of the early impetus for applying ADR to civil litigation came from judges concerned about overloaded dockets. It is not surprising, therefore, that courts throughout the United States have established dispute resolution programs” (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 385).

¹⁹⁵- GALANTER aponta ainda como possíveis causas para a diminuição de julgamentos o decréscimo no ajuizamento de demandas, o aumento dos custos para litigar no Poder Judiciário americano, bem como uma mudança do próprio papel das Cortes e dos juízes, que passaram a agir prioritariamente como facilitador da resolução da disputa. Além disso, GALANTER aponta ainda a mudança do perfil dos advogados, dos litigantes habituais e da mídia como fato que impacta na diminuição de julgamentos pelo Judiciário (GALANTER, Marc. *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts*, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, Issue 3, 459-570, Novembro 2004, p. 515-520).

Segundo GABBAY, esse movimento de democratização de acesso à justiça veio a ser questionado através de um discurso efficientista, em razão da preocupação com a segurança jurídica, celeridade e previsibilidade da Justiça, que acabava por gerar impactos na própria economia¹⁹⁶.

Nesse contexto de proliferação de discursos efficientistas e de crescimento do número de processos, buscou-se a realização de reformas do Poder Judiciário para conferir-lhe maior eficiência e celeridade, culminando na elaboração do Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁷.

Os mecanismos alternativos de solução de disputas e a chamada crise da justiça relacionam-se sob dois aspectos distintos: o primeiro é utilizar, equivocadamente, a crise da justiça estatal como fundamento para a adoção dos mecanismos alternativos; e o segundo é utilizar os métodos alternativos como filtro para reduzir o número de processos e o ajuizamento de demandas na justiça estatal.

Em relação ao primeiro ponto, entende-se que a crise do mecanismo estatal de solução de conflitos não pode servir de fundamento para a adoção de mecanismos alternativos. Muito embora a adoção desses mecanismos diversos possa aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, a adoção desses métodos deve ser sempre justificada pela análise da adequação do mecanismo ao conflito, proporcionando um tratamento eficiente dos conflitos¹⁹⁸.

Conforme ressalta CALMON, o fato de a justiça estatal não funcionar bem sob a ótica dos jurisdicionados não significa que outros métodos de solução funcionarão melhor (aliás, muitas vezes o próprio litigante se aproveita da lentidão e da falta de eficiência do Judiciário). Aliás, o mau-funcionamento da justiça estatal inclusive afastaria algumas partes dos mecanismos alternativos, especialmente quando determinada parte puder se aproveitar das formalidades e da lentidão do processo¹⁹⁹.

¹⁹⁶- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 69.

¹⁹⁷- A preocupação com a eficiência consta em diversas partes da exposição de motivos do Código de Processo Civil: “Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. Nesse mesmo sentido “Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional”.

¹⁹⁸- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 155.

¹⁹⁹- CALMON, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015, p. 42-43.

Nesse sentido, quanto melhor for a prestação da justiça pelo processo estatal, torna-se mais legítima a adoção do método de solução de controvérsias, possibilitando uma opção idônea para as partes, apenas baseada nos aspectos positivos que cada mecanismo poderá representar no tratamento do conflito, desconsiderando eventual opção decorrente dos problemas enfrentados pelo processo estatal²⁰⁰.

Ou seja, eventual opção pelo mecanismo alternativo não deve estar baseada na crise na prestação jurisdicional pelo Estado, mas sim na necessidade de compor o conflito com maior qualidade, verificando a adequação do mecanismo ao caso concreto, a partir da concepção moderna de acesso à justiça que leva em consideração também a adequação.

Ainda que a crise na prestação jurisdicional pelo Estado tenha reacendido o debate acerca da adoção dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ela não pode ser tomada como razão para a adoção, em larga escala, desses mecanismos. A real justificativa para adoção desses métodos deriva da necessidade da análise qualitativa da composição do conflito –, a adequação da tutela jurisdicional a ser prestada ao caso concreto²⁰¹.

Aliás, a utilização dos mecanismos alternativos com base apenas nessa crise da justiça, com vistas a reduzir o acervo de processos e o número de processos submetidos ao Poder Judiciário, pode levar a uma preferência irracional por esses métodos em detrimento do mecanismo estatal – ainda que não esteja presente o aspecto da adequação. Trata-se, portanto, de uma indevida utilização desses mecanismos como filtros processuais, colocando obstáculos aos jurisdicionados alcançarem a decisão judicial²⁰².

²⁰⁰- “Deve-se afastar, então, a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valor do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015, p. 42-43).

²⁰¹- “Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal - o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva dos direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais” (CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça*. Revista de Arbitragem e mediação, vol. 41, 2014, p. 405).

²⁰²- “O Judiciário adotou os Meios Alternativos de Solução de Conflitos vinculados (ou anexados, como dizem) aos foros judiciais como forma de reduzir o crescente número de processos e redirecionar casos que entendem não serem merecedores da sua atenção. Adicionalmente, o Judiciário tem sido amplamente favorável às iniciativas das partes privadas de enclausurar causas a fóruns alternativos de resolução de controvérsias, alguns independentes, outros não. (...) Como o feroz debate sobre a legitimidade e os efeitos da arbitragem mandatária

A utilização dos mecanismos alternativos como filtro parte de uma releitura do direito de acesso à justiça, que não mais poderia ser visto como uma busca pelo Poder Judiciário como se o mecanismo estatal fosse a única via para pacificação das crises sociais. Nesse sentido, pondera MANCUSO que a atual interpretação dada ao art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal parte do pressuposto de que toda e qualquer tipo de controvérsia deve ser judicializada, o que fomenta a cultura da sentença e desmotiva a busca por soluções consensuais²⁰³.

Ainda para MANCUSO, o art. 5º, XXXV é norma, principalmente, endereçada ao legislador, não sendo autorizada a interpretação, usualmente feita, que tem permitido interpretar que a oferta de justiça estatal está disponibilizada de modo franco, genérico, aberto, a toda e qualquer situação ou interesse contrariado, como se fosse o Poder Judiciário um gigantesco balcão de reclamações²⁰⁴. Na verdade, tal norma constitucional não teria foco em situações concretas e presentes, mas sim apresentaria uma conotação prospectiva, com o escopo de preservar situações futuras cuja a apreciação judicial não poderá ser afastada pelo ordenamento positivo (como foi verificado através da implementação do Ato Institucional n. 5, em 1968)²⁰⁵.

Para aqueles que sustentam a utilização dos mecanismos alternativos e consensuais como filtro de acesso à Justiça, defende-se a possibilidade de se abandonar a

e as preocupações acerca das mediações impostas pelos tribunais demonstram, os Meios Alternativos não desfrutam mais da presunção de que facilitam o Acesso à Justiça. Ao invés, tornaram-se objeto de suspeita e, em alguns casos, rivais diretos de programa de Acesso à Justiça” (GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan/jun-2015).

²⁰³- “[...] a leitura – ufanista e irrealista – do contido no inciso XXXV do art. 5º da CF (dita ‘inafastabilidade do controle jurisdicional’ ou ‘ubiquidade da justiça’) tem levado à falaciosa percepção de que toda e qualquer controvérsia deve ser judicializada, o que, de um lado, fomenta a cultura judiciarista, praticamente, transmutando o direito de ação num dever de ação, e, de outro lado, desmotiva os contraditores a buscarem, primeiramente, a resolução das pendências pela via negociada, o que viria a fortalecer os laços de cidadania e fraternidade, a par de aliviar a sobrecarga dos órgãos judiciais. Fora e além do ambiente consensual dos meios auto e heterocompositivos, campeiam os fatores que têm esgarçado o tecido social: o acirramento das hostilidades, não raro degenerando em justicamentos privados; a frustração da população com a Justiça estatal, mesmo aquela ofertada pelos (hoje também congestionados) Juizados Especiais, originalmente preordenados a recepcionar a chamada litigiosidade contida” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009, p. 703-704).

²⁰⁴- “[...] uma abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional conduz necessariamente à conclusão de que a prescrição negativa constitucional, ao vedar a exclusão da apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça de direito, por certo está endereçada ao legislador, ao qual a Constituição emite um comando de abstenção à produção de material legislativo sobre fato ou direito tendente a impedir ou dificultar o acesso à jurisdição” (CURY, César Felipe. *Mediação*. In: ZANETTI JÚNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador, Juspodvm, 2016, p. 492).

²⁰⁵- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, RT, 2011, p. 194-195.

concepção de acesso à justiça uma cláusula pétrea, retirando de sua concepção a facilitação do acesso²⁰⁶. Daí porque defendem também que o acesso à justiça estatal deve se dar apenas naqueles casos que realmente necessitam a passagem e análise por um magistrado²⁰⁷, caso não pudessem ser resolvidas por outros meios, em especial os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Desse modo, a oferta da justiça estatal deveria ser realizada residual e subsidiariamente visto que, ao invés de ofertar de modo genérico o acesso ao Judiciário como uma porta escancarada, ter-se-ia a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva, adequada, justa e célere aos jurisdicionados, impondo uma maior qualidade da própria jurisdição²⁰⁸.

Dessa forma, a atuação do Estado na resolução das controvérsias deveria se dar de maneira seletiva e *a posteriori*, caso o conflito não pudesse ser solucionado por outros mecanismos de resolução de controvérsias, ou caso eles tenham restado esgotados.

Ao se adotar uma visão de que os mecanismos alternativos devem servir de filtro para o acesso ao Judiciário, parte-se de uma análise meramente quantitativa, baseada

²⁰⁶- “o problema do acesso à justiça não é uma questão de entrada, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de saída, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas portas de emergência, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida. Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de descesso (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na entrada, mas também mais racional e humano na saída” (ALVIM, Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Revista Eletrônica Jus Navigandi, Teresina/PI, ano 8, n. 65, mai/2013, p. 12).

²⁰⁷- Seriam “as pendências que, submetidas a outros meios, auto ou heterocompositivos, se revelaram impossíveis; as ações ditas necessárias, cujos escopos só podem ser alcançados mediante solução adjudicada estatal (v.g. ação rescisória, ação de anulação de casamento, ações no controle de constitucionalidade); os pleitos que, em razão de peculiaridades de matéria ou de pessoa, reclamem exame técnico por juiz togado (v.g. anulação de sentença arbitral, homologação de sentença estrangeira; ações no controle direto de constitucionalidade); e, de modo geral, as lides cuja sua complexidade jurídica e/ou fática só possam ser dirimidas por meio de uma cognição ampla, no sentido da extensão, e exauriente, no sentido da profundidade” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, RT, 2011, p. 210).

²⁰⁸- “É de se esperar que, com os novos ventos, se vá evanescendo o antigo panorama, gradualmente substituído por outro que sinalize para uma concepção não-protagonista da Justiça estatal, mas que a reposicione como uma instância sob um registro subsidiário ou residual – no melhor sentido dessas palavras – ou seja, ofertada para aqueles conflitos onde a crise jurídica se afigure complexa, reclamando cognição técnica plena e exauriente, e bem assim aqueles casos que, por singularidades de matéria ou de pessoa (ou ainda porque não tenham sido dirimidos de outro modo), efetivamente reclamem passagem judiciária. Essa nova postura, em verdade, visa valorizar a função judicial, laborando para que ela não se banalize e que, gradualmente, possa ser abandonado o vício de se imprimir crescimento físico ao Judiciário, na proporção direta do aumento do estoque de processos. Isso, antes que a crise numérica se torne inadmissível” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, RT, 2011. p. 11)

apenas na tentativa de redução do número de processos judiciais. Dessa maneira, privilegia-se o número de casos que foram submetidos aos mecanismos alternativos e que foram solucionados, sem a devida e correta preocupação acerca da qualidade do procedimento e dos resultados obtidos. Esse enfoque quantitativo pode ser percebido inclusive na Resolução n. 125 do CNJ.

No entanto, faz-se mister restabelecer a ideia de que para cada tipo de conflito e segundo as intenções das partes deve ser adotado o mecanismo que for melhor adaptado para resolver aquela controvérsia, levando-se em conta diversos fatores (custos, celeridade, relacionamento, sigilo, *etc.*). E, através da análise desses diversos fatores, caso o mecanismo estatal seja o mais adequado ele deve ser sempre utilizado, não se podendo incentivar a adoção de mecanismos alternativos com vistas apenas desafogar o Poder Judiciário ou utilizá-los apenas como filtro ao ajuizamento de demandas.

Nesse sentido, mais uma vez CALMON chama a atenção de que a adoção dos mecanismos alternativos apenas como filtro de acesso ao Judiciário, com vistas a promover uma deflação da justiça estatal, deturpa os fundamentos para adoção desses mecanismos e acaba por reduzir a importância deles como instrumento de acesso à ordem jurídica justa²⁰⁹. Até mesmo porque, especialmente em relação aos métodos autocompositivos, o sucesso na adoção desses mecanismos não está ligado ao número de acordos celebrados, mas sim à qualidade do processo e do resultado final, conforme será visto mais à frente.

Analisando essa mesma temática no âmbito da institucionalização da mediação e as formas de interação com o Poder Judiciário, GABBAY²¹⁰ também reconhece a preocupação de que a mediação pudesse ser vista como uma justiça de *segunda classe*, como forma apenas de contenção de casos ajuizados no Poder Judiciário, que passaria a analisar apenas os casos considerados por ele mais importantes²¹¹.

²⁰⁹- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015, p. 131.

²¹⁰- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 103-113.

²¹¹- “[...] there is a risk that courts could be tempted to permit institutional selfishness to infect the thinking that drives their program design. Some judges and judicial administrators, for example, might be attracted to ADR only or primarily as a docket reduction tool posing serious threats to fairness or other values that ADR should be promoting. There also is a risk that some judges and administrators could try to use ADR programs as dumping grounds for categories of cases that are deemed unpopular, unimportant, annoying, or difficult” (BRAZIL, Wayne D. *Why should courts offer non-binding ADR services?* 16 *Alternatives* 63, 75, 1998.

Naturalmente, essa mesma lógica pode ser aplicada aos demais mecanismos alternativos de solução de conflitos, os quais, se adotados apenas com base nos argumentos de quantidade de acordos e redução de demandas, podem inclusive afastar e impedir os jurisdicionados de pleitearem seus direitos perante o órgão responsável, deixando-os à margem do Poder Judiciário (o qual muitas vezes é o órgão mais adequado para a solução de determinado tipo de controvérsia).

BRAZIL pondera que, em relação aos mecanismos alternativos vinculados ao Poder Judiciário, deve-se atentar para os reais fundamentos que levam à adoção dos mecanismos alternativos e não para os fundamentos de redução do número de processos submetidos ao Poder Judiciário, através da ampla informação aos jurisdicionados de que os mecanismos alternativos não correspondem a uma justiça de segunda classe, mas sim, em determinados casos, a justiça adequada²¹². Daí porque, mais uma vez, destaca-se a importância dos mecanismos de triagem realizados no âmbito do Poder Judiciário para o encaminhamento do conflito, bem como a ampla divulgação e informação sobre os mecanismos alternativos para a população.

Justamente nesse sentido é que o Código de Processo Civil, ao institucionalizar a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário, merece críticas, inicialmente por prever, de maneira muito simplificada, os casos que seriam remetidos à conciliação ou à mediação. O mediador deverá atuar, preferencialmente, nos casos em que já existente um vínculo anterior entre as partes, para auxiliá-los a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar as soluções consensuais (art. 166, §3º). Por sua vez, no parágrafo

²¹²- “A very different kind of concern among some judges is that ADR is intended or can be used to push certain unpopular, or highly emotional and difficult, or politically “unimportant” categories of cases or litigants out of courtrooms and into a second-class system of justice. (...) In responding to such concerns, we first must be vigilant to ensure that only respect-worthy, service-oriented purposes inform the design and administration of court ADR programs. In advocating our programs, we must avoid the temptation to appeal to the docket-reducing interests of judges, court administrators, and legislators. We must educate our constituencies to understand that neither institutional selfishness nor any political agenda may be permitted to drive court ADR programs. Instead, the purpose of our programs always must be to deliver valued service to litigants. We also must make clear that there is nothing “second class” about court ADR programs and that litigants use ADR to improve the efficiency and fairness of the administration of justice. Also, we must teach our constituents that litigants and lawyers in overwhelming percentages do not view ADR services as imposing senseless burdens, but welcome and endorse such services because of the special benefits they can confer and because of the opportunities they create to pursue interests that litigants themselves feel are important” (BRAZIL, Wayne D. *Court ADR 25 Years after Pound: have we found a better way*, 18 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 93, 2002, p. 130-131).

anterior, esse dispositivo legal assevera que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tenha havido vínculo anterior entre as partes.

Em momento algum, entretanto, o Código de Processo Civil atribui a responsabilidade para determinado órgão ou servidor da justiça para realizar essa triagem de casos. Por outro lado, ao adotar um critério legislativo para direcionar casos para a mediação ou conciliação, o Código de Processo Civil acaba por afastar a análise das peculiaridades do caso concreto para o direcionamento ao mecanismo mais adequado de solução de conflitos, o que revela que a institucionalização desses métodos autocompositivos deu-se sob um fundamento de redução de número de processos que serão submetidos à decisão judicial, e não sob uma ótica de adequação.

Também a realização da audiência de conciliação e mediação (CPC, art. 334) revela essa preocupação quantitativa como causa para adoção da mediação e conciliação no Judiciário. Isso porque tal previsão aproximou o sistema brasileiro de um modelo que institui os mecanismos alternativos como etapa obrigatória anterior à análise da demanda pelo Poder Judiciário.

Isso porque, embora não tenha sido prevista a audiência obrigatória²¹³, ela somente não será realizada caso ambas as partes manifestem, expressamente, o desinteresse na composição consensual (CPC, art. 334, § 4º, inc. I), devendo o autor indicar o desinteresse na petição inicial, e o réu em petição escrita em prazo de dez dias de antecedência contados da audiência (CPC, art. 334, § 5º). Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes, caso contrário será realizada a audiência de conciliação e mediação (CPC, art. 334, § 6º).

Ou seja, ainda que apenas uma das partes tenha real interesse na adoção desses mecanismos alternativos, essa etapa preliminar do procedimento deverá ser respeitada – inclusive sob pena de aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça em caso de não-comparecimento injustificado de alguma parte na audiência, de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (CPC, art. 334, § 8º).

Entretanto, exigir que o conflito seja anteriormente submetido a algum mecanismo alternativo de solução de controvérsia como condição para o processamento do

²¹³- “ [...] *la mediazione può essere facoltativa, quando le parti scelgono liberamente la via dela composizione stragiudiziale dela loro lite, oppure obbligatoria, quando essa costituisce condizione necessaria affinché le parti possano avviare un processo*” (ARIOLA, Luca. *Compendio di Diritto processuale Civile*. XVII edizione, Simone, 2012).

processo judicial – ainda que não seja interesse de todas as partes - acaba por violar o direito de acesso à Justiça²¹⁴, tratando-se, portanto, de um obstáculo ilegítimo²¹⁵.

Além disso, a utilização dos mecanismos alternativos como filtros ao acesso à Justiça não se revela em harmonia com os próprios fundamentos desses mecanismos, cujas notas principais são a liberdade e a voluntariedade – razão pela qual somente devem ser realizadas ou exigidas se houver expressa aceitação ou vontade por parte do litigante.

E, em relação aos métodos autocompositivos, uma vez que o consenso é essencial para a tentativa de se estabelecer um acordo, é absolutamente incompatível qualquer imposição por parte de terceiros, dentre eles o próprio Estado, ao exigir a prévia adoção desses mecanismos. Essa imposição contraria os próprios fundamentos dos métodos autocompositivos, que têm como pedra basilar o consenso, e não o poder de *imperium* estatal²¹⁶.

Lembre-se, uma vez mais, que o principal fundamento que autoriza e justifica a adoção dos mecanismos alternativos de solução de conflitos é a adequação da solução alcançada ao caso concreto, razão pela qual quaisquer medidas que utilizem tais mecanismos como fundamento para a redução dos processos estatais são ilegítimas, pois desvirtuam a própria essência dos métodos alternativos.

Nesse sentido, exigir a submissão de conflitos a outros métodos de solução pode implicar na adoção do mecanismo inadequado, resultando em um desperdício de tempo

²¹⁴- “[...] il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza specie in uno Stato libero de diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l'evidentissima ragione che, se lo avesso voluto e fosse statopossibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l'aiuto di terzi. Nessuno arde dal desiderio di impiegare tempo e danaro per impelagarsi in cause civili. Con la mediazione obbligatoria, invece, lo Stato gli nega il giudice e ciò non puo avere altro effetto che esacerbare gli animi, creare chicane dilatorie, e alimentare nei cittadini una senso di frustrazione e di sfiducie verso le istituzioni” (MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione forzata*. Disponível no endereço <<http://judicium.it>>).

²¹⁵- Em sentido diverso, SALLES traça um paralelo entre a hipótese de se exigir a utilização prévia de mecanismos alternativos de solução de disputas e os pressupostos processuais e condições da ação. Para o autor, não haveria diferenças ontológicas entre os pressupostos processuais e a filtragem de demandas através de mecanismos alternativos, as quais seriam apenas requisitos que não excluiriam eventual apreciação judicial, razão pela qual eventual opção legislativa nesse sentido não violaria a inafastabilidade da jurisdição (SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz (coord.) et al. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 782-783).

²¹⁶- PANTOJA, Fernanda Medina. In: *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 196.

e esforços e eventualmente em acordos injustos²¹⁷. E, no âmbito do Judiciário, exigir a realização de audiência prévia de conciliação ou mediação, até mesmo quando uma das partes não demonstrar vontade nesse sentido, configurará uma etapa desnecessária e com custos para as partes e para o próprio Judiciário.

Em resumo, a crise da justiça não pode servir como fundamento para a adoção de mecanismos alternativos de solução de disputas, os quais tampouco podem ser indevidamente utilizados como filtro de acesso à Justiça com vistas a reduzir o número de processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

²¹⁷- Apesar de parcela da doutrina asseverar a possibilidade de as partes serem coagidas a celebrarem acordos em mediações obrigatórias, há estudos que evidenciam que a exigência de mediação obrigatória não afeta a satisfação das partes: “*Mandatory x Voluntary: As to mandatory approaches, several studies comparing mandatory mediation clientes with their voluntary counterparts find that agrément rates are comparable, as are satisfacion levels, willingness to recommend the process to others, and support for mandatory formats*” (PEARSON, Jessica. *Family Mediation*, in National Symposium on Court-Connected Dispute Resolution Research, a Reporto n Current Research Findings – Implications for Courts and Future Research Needs, Washington D.C., State Justice Institute, 51-77). Também nesse sentido: WISSLER, Roselle L. *The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts*, 33 Willamette L. Rev. 565, 1997; e MCADOO, Bobbi; WELSH, Nancy; WISSLER, Roselle. *Institucionalization: what do empirical studies tell us about Court Mediation?*. Dispute Resolution Magazine, vol. 9, 2003, p. 8-10.

4. A TEORIA DO CONFLITO

4.1. A sociedade e o conflito

Fixadas as premissas referentes ao entendimento acerca do acesso à justiça, o qual abarca a necessidade de submissão do conflito ao mecanismo mais adequado para resolvê-lo (pois cada tipo de conflito possui suas particularidades), faz-se mister adentrar a análise da teoria do conflito. Isso porque a escolha de um dos métodos de resolução de controvérsias disponíveis aos operadores do direito depende, em regra, da análise do conflito sociológico existente entre as partes. E, além disso, a compreensão do conflito é “precondição para a adequada regência de competências e habilidades, na formação de mediadores, conciliadores e dos promotores de outros meios não adjudicatórios de administração de conflitos”²¹⁸.

Ademais, a noção de conflito é pilar fundamental para as várias disciplinas que tem como objeto de estudo a resolução de conflitos na sociedade (dentre as quais a psicologia, a sociologia e o próprio direito)²¹⁹. Assim, para a correta aplicação das técnicas destinadas a resolvê-lo, nada mais natural do que compreender o próprio significado, a natureza e as dimensões deste fenômeno²²⁰.

Até mesmo porque a prática da negociação, da mediação e da conciliação para a resolução de conflitos envolve a importação de ferramentas e conceitos de outros

²¹⁸- FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*. In Revista do Advogado, Ano XXXIV, n. 123, p; 11-18, ago/2014.

²¹⁹- “Com o nome genérico ‘conflito’ são referenciadas diversas situações que envolvem tensões cujos tipos e origens podem em muito variar. Por tal razão, estudiosos do tema vêm refletindo sobre os mais variados modos de desenlace e as respectivas estratégias para seu enfrentamento. [...] Como facilmente se percebe, a temática envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos. Diversas ciências e áreas de conhecimento vem abordando o assunto, merecendo especial destaque a atuação da sociologia e da psicanálise. Por essa razão, a interdisciplinaridade se revela um importante instrumento para a compreensão adequada da ocorrência conflituosa” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 7).

²²⁰- “La noción de conflicto funciona como un “presupuesto” para muchas disciplinas, entre ellas la mediación. Si, como se diese, ésta tiene como tare a la resolución de conflictos (véase la crítica a este enunciado más adelante), es fundamental que antes de comenzar a conocer las técnicas que llevan a la resolución o conducción de los conflictos se reflexione acerca de qué es un conflicto. Si no se hace esto, la práctica de la mediación se convierte en Pla aplicación mecánica de técnicas, es decir en ‘un juego mecánico’ o, en el mejor de los casos, en un ‘arte de magia’ ” (SUARES, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 70).

ramos de conhecimento, razão pela qual a correta definição de conflito é indispensável para esse diálogo interdisciplinar²²¹.

Nesse ponto, faz-se mister verificar a importância da visão fornecida pela perspectiva das disputas no âmbito jurídico. Essa perspectiva é caracterizada por um conjunto de trabalhos que analisam a construção dos litígios desde seus aspectos iniciais, defendendo que o estudo do direito deve estar baseado não somente nas normas e no poder Judiciário, mas também nas partes e em suas percepções acerca das controvérsias que enfrentam²²². Uns dos precursores do estudo das disputas no âmbito jurídico, FELSTINER, ABEL e SARAT identificam uma pirâmide de disputa, revelando estágios sobre a litigiosidade a partir das lesões praticadas contra os cidadãos²²³.

Ao analisar a trajetória de um conflito, em especial as suas mudanças a partir da ótica das próprias partes envolvidas, essa perspectiva acaba por direcionar a atenção do acesso à justiça também para os estágios iniciais anteriores à disputa e à escolha do órgão para solução da controvérsia. Ou seja, quando uma parte deixa de perceber uma injustiça, ou quando a ela não são oferecidos os canais para pleitear seus direitos, também se está diante de obstáculos ao acesso à justiça.

Ou seja, é também a partir da perspectiva da disputa que se pode verificar que os mecanismos alternativos de solução, ao objetivarem proporcionar aos cidadãos meios de acesso mais simplificados à justiça, têm impactos positivos em relação ao acesso à justiça – ao buscar informar o cidadão acerca das características dos mecanismos de solução de conflitos, proporcionando um meio mais célere, menos custoso e mais adequado ao conflito. Supera-se, portanto, a análise de que o acesso à justiça está ligado apenas aos litígios

²²¹- “Saberes como o da mediação, a exemplo de outros meios não adjudicatórios de gestão de conflitos, ainda não parecem exibir maturidade epistemológica que nos autorize a qualifica-la como uma disciplina autônoma do conhecimento. Por esse motivo, toda a elaboração desse saber opera-se mediante o recurso a outras disciplinas ou áreas do conhecimento, como a Psicologia, a Sociologia, a Ciência Política e o Direito. O argumento deste texto consiste em assinalar que isso, porém, não autoriza que, em cada uma das regiões específicas do conhecimento, a noção de conflito possa ser empregada de modo impreciso e mediante acepções não explicitamente delimitadas. Não por postulação dogmática, mas em homenagem a rudimentar clareza enunciativa: condição indispensável para um diálogo interdisciplinar proveitoso” (JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*. In Revista do Advogado, Ano XXXIV, n. 123, p; 11-18, ago/2014).

²²²- GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan/jun-2015.

²²³- FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4.

submetidos ao Poder Judiciário, evidenciando que essa temática está presente a partir dos estágios iniciais do conflito.

Para o estudo do conflito, destaca-se que, a partir de um determinado momento histórico, o homem passou de um ser satisfeito em si mesmo para buscar o convívio harmonioso com seus pares, em grupos de indivíduos²²⁴⁻²²⁵. E, a partir do momento em que o homem passa a viver em sociedade, o centro de sua existência passa a ser a relação pessoal com seus pares – indivíduos que convivem nessa sociedade. O ser humano nasce dentro de um grupo, sendo necessário o relacionamento com os demais para o crescimento, diversão, amor, trabalho, satisfação pessoal, ou seja, a sua própria sobrevivência²²⁶.

A convivência e o tempo dão complexidade às inter-relações entre os indivíduos, gerando, por exemplo, a animosidade e a competição²²⁷. E, a partir dessas relações, naturalmente surgem relações antagônicas, as quais evidenciam a diferença entre os indivíduos de uma mesma sociedade²²⁸, e inclusive viabilizam a existência e manutenção desse sistema social.

²²⁴- Para a corrente naturalista, o homem é um ser naturalmente social, algo que tem como origem sua própria consciência, e busca sempre o convívio com seus pares. Para ARISTÓTELES, defensor mais antigo da teoria naturalista, o homem é por natureza um animal social, e que é por natureza e não por mero acidente, razão pela qual inicia a sua associação pela família (estrutura básica da associação), passando a estruturas mais complexas, como as tribos, aldeias e cidades.

²²⁵- Opondo-se à teoria naturalista, para a qual a sociedade é um fato natural, surge a teoria contratualista, cujos defensores sustentam que a sociedade não decorre da natureza social dos indivíduos (negando, portanto, o impulso associativo defendido por Aristóteles, Cícero e São Tomás de Aquino), mas sim surge a partir da vontade humana, a qual é manifestada por meio de um acordo mútuo para a convivência harmoniosa em sociedade, trocando sua liberdade individual por uma liberdade coletiva.

²²⁶- *“Desde el momento em que nacemos hasta em momento que morimos, las relaciones son el centro de nuestra existencia. Somos concebidos em médio de relaciones, al nacer nos introducimos em relaciones, vivimos nuestras vidas dentro de relaciones. Dependemos de los otros para la realización de la vida misma, para sobrevivir durante uno de los períodos más largos de gestación del reino animal, para el alimento y desarrollo cognitivo, para guiarnos en el aprendizaje de las capacidades esenciales requeridas para sobrevivir en nuestro mundo. También dependemos de ellos para la diversión, el entretenimiento, el confort, el amor, la confirmación y la satisfacción personal. Nuestras relaciones con otros conforme el contexto para todos los aspectos de nuestras vidas”* (JOHNSON & JOHNSON, apud BOARDMAN Susan. K.; HOROWITZ, Sandra. *Constructive Conflict Management and Social Problems: An introduction*. Journal of Social Issues, New York, vol. 50, n. 1, 1994, p. 1.

²²⁷- “O homem, pela sua natureza, aproxima-se de seus semelhantes e com eles convive, estabelecendo relações duradouras, permanentes, pacíficas e de pleno entendimento. Entretanto, com o tempo e a convivência, são introduzidos outros elementos nos inter-relacionamentos, como a animosidade, a competição, a contenciosidade etc., nascendo percepções diferentes, que acabam por deflagrar conflitos” (LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 5).

²²⁸- *“Las interacciones antagónicas mantienen la diferencia entre los elementos: éstos desaparecen si esa diferencia no se mantiene, porque sólo habría interacciones atrayentes y los elementos del sistema se pegotearían unos con otros, y desaparecerían como elementos, y sin ellos no hay sistemas”* (SUARES, Marínés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 72).

Sendo assim, seja levando-se em consideração a natureza social do indivíduo (teoria naturalista), ou o contrato social acordado entre os indivíduos para a vida em sociedade (teoria contratualista), o fato é que os conflitos são inerentes à convivência em grupo; e, muito embora a convivência harmônica seja a regra, o contrato social ou mesmo a existência de normas jurídicas não são aptas a garantir a vida social sem conflitos²²⁹. O conflito, portanto, existe desde que os homens se reuniram em sociedade em busca da convivência pacífica, sendo parte inevitável no desenvolvimento das sociedades humanas²³⁰.

A existência de conflitos, no entanto, não é exclusivamente prejudicial à vida em sociedade; em verdade, as relações antagônicas (que são as raízes dos conflitos) são absolutamente indispensáveis à própria evolução dos indivíduos e do tecido social em que ele está inserido. Para FIORELLI, “o conflito opõe-se à estagnação. Desempenha o papel de mola propulsora que permite à humanidade sobreviver em um planeta de recursos limitados”²³¹.

Confira-se, também nesse sentido, o entendimento de SUARES:

“O antagonismo não é um destruidor em si mesmo, nem é bom em si mesmo, mas é um dos elementos da evolução. É mais, diria que é um dos elementos da vida. [...] Se não existissem essas interações antagônicas, não existiria evolução, mas tampouco conflitos, ou seja, podemos pressupor que a causa última dos conflitos é a existência destas interações antagônicas, razão pela qual poderíamos pensar que uma forma de conseguir a eliminação dos conflitos é eliminar as interações antagônicas... mas com elas eliminaríamos também a evolução, e possivelmente também a vida”²³².

E, na sociedade moderna, em que há um aumento no fluxo de informações decorrentes da urbanização, globalização e crescimento populacional, é natural que as relações ganhem volume e complexidade – o que, obviamente, gera o aumento no número

²²⁹- “A vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. (...) O contrato social e mesmo a existência da norma jurídica não são suficientes para a pacificação social, porquanto nem sempre o seu cumprimento é espontaneamente verificado” (PETRÔNIO CALMON, *Fundamentos da Mediação e Conciliação*, 3ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, pp. 13-15).

²³⁰- “El conflicto existe desde que el mundo es mundo; es connatural al hombre y a los grupos que integra. Nace con la vida em comunidad, es una parte ineludible em el desarrollo de las sociedades humanas. No es em sí mismo ni positivo ni negativo. Nos afecta a todos y em todos los ámbitos, atraviesa la comunidad y la cultura” (GLADYS S. ALVAREZ, *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 51).

²³¹- JOSÉ OSMIR FIORELLI, *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 6.

²³² - SUARES, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 72-73, (tradução livre).

de relações antagônicas e de conflitos²³³. Também as contradições sociais, políticas e econômicas acabam por acentuar as diferenças entre os indivíduos, gerando um acréscimo nas relações antagônicas e nos próprios conflitos. Nesse sentido, para TARTUCE os conflitos também podem ser explicados por um desequilíbrio ético pelo qual passa a sociedade nos dias de hoje²³⁴.

De todo modo, as relações antagônicas e o conflito que delas exsurge²³⁵ são as razões principais de mudanças sociais e pessoais, as quais auxiliam os indivíduos a estabelecer uma identidade pessoal e social, e a definir os limites de cada grupo²³⁶. Por essa razão, a existência de conflitos e relações antagônicas é natural e inevitável à vida em sociedade, e também é a ela indispensável.

4.2. O conceito de conflito

Como apontado linhas acima, o estudo do conflito envolve diversas disciplinas, dentre as quais a Psicologia, a Sociologia, a Filosofia e o Direito²³⁷, e justamente por essa razão é que o conflito não possui um significado claro²³⁸. Em termos amplos e genéricos, o conflito nada mais é que um embate ou oposição de ideias e interesses que ocorre em um momento de mudança na vida dos indivíduos²³⁹.

²³³- “Fatores como o crescimento populacional, a urbanização, as mudanças tecnológicas, políticas e sociais, a modernização, a internacionalização, a integração, a globalização, a especialização e a divisão de trabalho tendem ao aumento da interação, que resulta, também, em conflito potencial. Por outro lado, a deterioração ambiental e o esgotamento dos recursos naturais são responsáveis por pressões e preocupações sociais adicionais” (COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 29).

²³⁴- TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 9.

²³⁵- “*Em una relación, em un sistema, pueden primar las interacciones atractoras, lo semejante, y entonces no hay conflicto. Cuando priman las interacciones antagónicas, lo diferente, aparece el conflicto*” (MARINES SUARES, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 74).

²³⁶- DEUTSCH, Morton. *Prefácio à obra de Jay Folberg e Alison Taylor, Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, USA, 1984.

²³⁷- “*Most of the contributions to the theory of social conflict came from philosophy and sociology. A few contributions came from other disciplines, such as science*” (RAHIM, M. Afzalur. *Managing conflict in organizations*, 3ª ed., Quorum Books, Westport, 2001, p. 1).

²³⁸- “*The term ‘conflict’ has no single clear meaning. Much of the confusion has been created by scholars in different disciplines who are interested in studying conflict*” (RAHIM, M. Afzalur. *Managing conflict in organizations*, 3ª ed., Quorum Books, Westport, 2001, p. 17).

²³⁹- “Então, conflito é um choque de posições divergentes, ou seja, de intenções, condutas diferentes, que aparecem num momento de mudança na vida de uma ou de ambas as partes. E, de forma simplista, pode-se dizer que o conflito é o resultado normal das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades”

No entanto, o estudo mais detalhado acerca do fenômeno evidencia que a sua conceituação varia conforme o autor e a área de estudo. Até mesmo dentro do campo das ciências sociais o conflito tem sido definido de muitas formas diferentes. Para DEUTSCH, psicólogo e um dos doutrinadores relevantes no âmbito da resolução de conflitos, eles podem ser definidos como “atividades incompatíveis”. Também conceituando conflito de modo reduzido, FOLBERG e TAYLOR o definem como “*um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes*”.

Para BOULDING, ao analisar o fenômeno sob a ótica da economia, o conflito “é uma situação de concorrência, em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”. Já para RUMMEL, estudioso da ciência política e das guerras, o conflito pode ser visto como “a luta pelo poder que se manifesta na procura de todas as coisas”. Tais conceituações conferem maior importância ao conceito de poder inerente às relações sociais entre os indivíduos.

Segundo PRUITT, RUBIN e KIM, também analisado o tema no âmbito da psicologia e em obra relevante sobre a escalada do conflito, o definem como “divergência percebida de interesses, ou crença que as atuais aspirações das partes não podem ser alcançadas simultaneamente”²⁴⁰.

BRAGA NETO e SAMPAIO conceituam o conflito como “[...] um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergência entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas”²⁴¹.

Estudando o fenômeno do conflito especificamente no campo da mediação, SUARES, de maneira mais completa, conceitua o conflito como (a) um processo interrelacional, (b) que se dá entre duas ou mais partes (conceito que engloba pessoas, grupos pequenos, grupos grandes, que podem interagir entre si), (c) em que predomina a interações

(LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 5).

²⁴⁰- RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., Mcgraw-Hill, 1994, p. 5.

²⁴¹- BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo, Brasiliense, 2007, p. 31.

antagônicas sobre as interações atraentes, decorrentes das ações, pensamentos, afetos ou discursos das partes, e (d) que se caracteriza por ser construído em conjunto pelas partes e por um eventual mediador²⁴².

Tal definição tem como característica fundamental e imprescindível a caracterização do conflito como um *processo* interrelacional, que nasce, se transforma, cresce, se estabiliza ou simplesmente desaparece. E, justamente por reconhecer essa característica de mutabilidade dos conflitos, por serem processos sociais complexos, é que se obtém a definição mais completa acerca do tema, viabilizando a análise das disputas a partir de seus estágios iniciais – de uma eventual lesão até a resolução da disputa por um determinado órgão.

Ainda assim, a jurista argentina reconhece a complexidade do termo conflito e a impossibilidade de se admitir uma única definição a esse fenômeno: “*el conflicto es un proceso complejo, y como tal no puede ser abarcado totalmente dentro de una definición. Siempre quedarán elementos que no se han nombrado*”²⁴³.

Não se nega, entretanto, que o conflito pode existir internamente em um indivíduo. Entretanto, tais conflitos são mais bem estudados pela psicologia ou outras ciências que não o direito. Assim, tendo em vista que o conflito relevante para o direito é aquele interpessoal – ou interrelacional, não será estudado o conflito intrapessoal, apesar de este muitas vezes influenciar os conflitos interpessoais²⁴⁴.

²⁴²- “*En el campo de la mediación vamos a entender por conflicto: - un proceso interaccional, que como tal nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer y/o disolverse, y otras veces permanecer relativamente estacionario. - Que se da entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas, grupos pequeños, grandes grupos; la interacción puede darse entre dos personas, entre dos grupos, entre una persona y un grupo, etcétera. - Em el que predomina las interacciones antagónicas sobre las interacciones atrayentes o atractoras. - Interacciones em las cuales las personas que intervienen lo hacen como seres totales con sus acciones, sus pensamientos, sus afectos y sus discursos. - Que algunas veces, pero no necesariamente, pueden ser procesos conflictivos agresivos. - Que se caracteriza por ser un proceso co-construido por las partes. - Y que puede ser conducido por ellas o por un tercero*” (SUARES, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 78).

²⁴³- SUARES, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 78.

²⁴⁴- “*Another significant aspect of conflict is that it often exists internally. This can be described as ‘intrapersonal conflict’ i.e., conflict existing within one’s self. These intrapersonal conflicts range from difficulty in choosing between a health-conscious meal and a favorite, but high calorie dinner, to choices between career and Family. While some of the dispute resolution principles set forth in this text may apply to intrapersonal conflict, such conflicts are better treated by those within the psychology or social work fields. This text therefore will deal primarily with the disputes or conflicts between individuals or groups, i.e., interpersonal conflict. The mediator should nonetheless be aware of intrapersonal conflict and appreciate that*

Levando-se em consideração a interpretação de que o conflito é um processo interrelacional, faz-se necessário distinguir os conceitos de conflito sociológico (ou seja, o conflito real existente entre as partes), e o conflito jurídico (aquele que é submetido à análise do Poder Judiciário para a resolução do caso a ele submetido).

No âmbito do processo judicial, a demanda (instrumentalizada pela petição inicial) é o ato de vir ao juiz para pedir a tutela jurisdicional, submetendo à análise a *pretensão* do autor.²⁴⁵ A demanda, em verdade, é a exteriorização de uma vontade do autor, o qual exige – através da atuação do estado-juiz – a submissão da vontade de outrem ao seu próprio interesse. A pretensão trazida pelo autor (instrumentalizada pela petição inicial) é, em última análise, o próprio objeto do processo.

A partir do momento em que o réu é chamado ao processo e se defende da pretensão do autor, não sucumbindo à sua vontade, evidencia-se a existência da lide, conceituada por CARNELLUTI como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A lide ocorre, portanto, quando um indivíduo tem interesse em determinado bem da vida e, ao exercer sua pretensão sobre tal bem, encontra a resistência expressa de outro indivíduo.

Ocorre que esse conflito de interesses submetido ao Judiciário muitas vezes não corresponde ao conflito sociológico existente entre as partes, ou seja, aquele conflito real experimentado no seio social. Isso porque a necessidade de se instrumentalizar a demanda em uma petição inicial, qualificando os fatos e os fundamentos jurídicos do autor, nem sempre tem o condão de representar adequadamente a realidade dos fatos, bem como o processo de relações antagônicas existente entre as partes.

Além da evidente limitação de se transportar um fenômeno social de alta complexidade para uma petição inicial (reduzindo-o a termos escritos), qualificando os fatos

it may impact the interpersonal dispute” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 3).

²⁴⁵- “O ato de vir ao juiz pedindo a tutela jurisdicional, chamado de demanda, tem por conteúdo uma pretensão de quem o realiza. Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 106).

e realizando um pedido adequado no processo, a própria exigência de capacidade postulatória²⁴⁶ pelo ordenamento jurídico brasileiro acaba por restringir o fenômeno do conflito a ser submetido ao conhecimento do Poder Judiciário através da demanda.

Isso porque os advogados desempenham influência decisiva na delimitação da demanda a ser submetida ao Poder Judiciário, em especial restringindo o conflito diante da necessidade de qualificar os fundamentos jurídicos da pretensão²⁴⁷.

Ademais, o advogado necessita transformar o discurso apresentado pela parte²⁴⁸ em um discurso formal, normalmente utilizado no meio jurídico, o que também acaba por restringir o conflito submetido ao Judiciário²⁴⁹. Essa tradução de discurso acaba por reduzir o conflito desde o primeiro contato entre cliente e advogado, principalmente em decorrência das perguntas elaboradas pelo advogado, as quais são selecionadas apenas para captar as informações que são legalmente relevantes, fazendo com que o advogado defina a situação a ser submetida ao judiciário desde o começo.

E, ao invés de permitir ao cliente contar a história livremente, com todos os aspectos sensíveis do caso, os advogados preferem categorizá-los, o que pode restringir o

²⁴⁶- “Impor a exigência do advogado nos atos postulatorios implica dizer que só ele tem capacidade postulatória plena. São ineficazes a demanda, a contestação, o recurso *etc.*, quando realizados pela parte que não seja habilitada na Ordem dos Advogados do Brasil ou por procurador que também não o seja. (...) Tem duas importantes razões de ser a indispensabilidade do advogado, proclamada constitucionalmente e refletida no Estatuto do Advogado (art. 2º). A primeira delas é a conveniência técnica de confiar a defesa a pessoas com capacitação profissional adequada e sujeitas a um regime organizacional e disciplinar imposto por entidade de categoria estruturada para tanto (a Ordem dos Advogados do Brasil). A segunda é a conveniência psíquica de evitar as atitudes passionais da parte em defesa própria; como puro profissional, que não é titular dos interesses em conflito, ele não fica tão envolvido como a parte nas angústias e acirramento de ânimos a que esta está sujeita” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 295).

²⁴⁷- “*The literature on lawyer transformation of disputes is rather accusatory. In general, if the who of dispute processing is a lawyer one may assume that the lawyer will make the dispute worse, much as medical treatment may make the illness worse. Lawyers are said to exacerbate disputes by increasing the demands and conflicts and narrow dispute by translating into limited legal categories what might have been broader and more general*” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. *The transformation of disputes by lawyers: That the dispute paradigm does and does not tell us*, Journal of Dispute Resolution, vol. 1985, p. 7).

²⁴⁸- MATHER & YNGVESSON. *Language, Audience and the Transformation of disputes*, 15 Law & Society rev. 775, 1981, p. 777.

²⁴⁹- “*the principal transformation of disputes occurs in their rephrasing, that is, some kind of reformulation into a public discourse. Thus, the grievant tells a story of felt or perceive wrong to a third party (the lawyer) and the lawyer transforms the dispute by imposing “categories” on “events and relationships” which redefine the subject matter of dispute in ways “which make it amenable to conventional management procedures”* (MENKEL-MEADOW, Carrie J. *The transformation of disputes by lawyers: That the dispute paradigm does and does not tell us*, Journal of Dispute Resolution, vol. 1985, p. 31).

contexto de uma disputa cujos fatos são mais complexos que as categorias estabelecidas pelos advogados, até por envolverem tanto questões legais quanto questões não-legais²⁵⁰.

Além de restringir os conflitos a serem submetidos ao Poder Judiciário, os advogados também podem expandi-los. Isso também pode ser realizado por meio da tradução dos fatos narrados pela parte em termos técnicos, categorizando os fatos e relacionamentos em determinadas categoriais as quais não se verificavam na realidade social²⁵¹.

Ou seja, verifica-se que o conflito a ser submetido ao juiz pode não corresponder, necessariamente, ao real conflito existente entre as partes²⁵², podendo sofrer restrições ou ampliações no momento da propositura da demanda, as quais são principalmente decorrentes da atuação dos advogados, indispensáveis para atuar nas causas em razão da exigência da capacidade postulatória. Distingue-se, portanto, a lide processual – a qual é a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação – da lide sociológica, a qual está relacionada diretamente aos reais interesses das partes, o que muitas vezes não corresponde às questões processualmente tuteladas²⁵³.

Sabe-se, ademais, que o provimento jurisdicional deve guardar correspondência com a demanda ajuizada pelo autor, sob pena de afronta aos princípios

²⁵⁰- “First, the lawyer begin to narrow the dispute in the initial client interview. By asking questions which derive from the lawyer’s repertoire of what is likely to be legally relevant, the lawyer defines the situation from the very beginning. Rather than permitting the client to tell a story freely to define what the dispute consists, the lawyer begins to categorize the case as a ‘tort’, ‘contract’, or ‘property’ dispute so that questions may be asked for legal saliency. This may narrow the context of a dispute which has more complicated fact patterns and may involve some mix of legal and non-legal categories. (...) Thus, during the initial contact the lawyer narrows what is ‘wrong’ by trying to place the dispute in a legal context which the lawyer feels he can handle” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. *The transformation of disputes by lawyers: That the dispute paradigm does and does not tell us*, Journal of Dispute Resolution, vol. 1985, p. 31-32).

²⁵¹- Os advogados podem “rephrase (a dispute) in terms of a framework not previously accepted by the third party. Expansion challenges established categories for classifying events and relationships by linking subjects or issues that are typically separated, thus, stretching or changing accepted frameworks for organizing reality” (MATHER & YNGVESSON. *Language, Audience and the Transformation of disputes*, 15 Law & Society rev. 775, 1981, p. 778-779).

²⁵²- “Assim, para compreender a extensão do conflito, poderíamos recorrer a um ‘lugar-comum’ do mundo da mediação, porém bastante ilustrativo nessa questão: a analogia em que as posições das partes (como reivindicações feitas em juízo) seriam a pequena ponta do *iceberg* que emerge da água, mas a maior parte de sua estrutura, que se encontra submersa e invisível, corresponderia aos verdadeiros interesses. Assim como a ponta do *iceberg*, dificilmente as posições apresentadas ao julgador denotam os interesses envolvidos. Portanto, não necessariamente o conteúdo é equivalente ao conteúdo da disputa tal qual judicializada” (HALE, Durval.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo, Atlas, 2016, p. 84).

²⁵³- AZEVEDO, André Gomma (org.), *Manual de mediação judicial*, 4ª ed., Brasília, 2013, p. 99.

dispositivo e da adstrição²⁵⁴, e consequentemente aos arts. 141²⁵⁵ e 492²⁵⁶ do Código de Processo Civil, uma vez que não cabe ao juiz se pronunciar sobre aquilo que não lhe foi pedido.

Somente em face do pedido é que o juiz pode analisar o conflito, nos estritos limites devolvidos à sua apreciação (delimitados pelo pedido do autor), e determinar, de acordo com a lei, se o pedido é ou não procedente. A tarefa do judiciário, portanto, não seria a de resolver o conflito ou pacificá-lo, mas sim decidir se a solução pedida pelo autor está em conformidade ou não com o ordenamento jurídico²⁵⁷. O objeto do processo, portanto, muitas vezes não guarda estrita relação com o conflito existente entre as partes

Destaca-se, portanto, que o conflito jurídico (àquele submetido ao processo judicial) não guarda necessária similitude em relação ao conflito sociológico existente entre as partes²⁵⁸, conceituado como o processo interrelacional que se dá entre duas

²⁵⁴- “Decidir nos limites da demanda proposta (art. 128) significa não ir além ou fora delas nem ficar aquém. Eis a primeira das grandes regras em que se desdobra a exigência legal de correlação entre tutela jurisdicional e a demanda – ou regra da adstrição do juiz a esta. Se o juiz pudesse extravasar tais limites, dispondo sobre algo ou para alguém que não figure nela ou com fundamento em fato não alegado, com isso estaria comprometendo a efetividade da garantia constitucional do contraditório, pois poderia surpreender as partes, ou mesmo terceiro não integrado ao processo, com um resultado do qual não se defenderam (...). Ir fora da demanda (decisão extra petita) significa (a) decidir para outras pessoas, por outros fundamentos ou com relação a outro objeto, em vez daqueles que a demanda indicou, ou (b) englobar as partes e mais outras pessoas ou valer-se dos fundamentos postos e mais outros, ou incluir o bem pedido e mais algo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 280).

²⁵⁵- “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

²⁵⁶- “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

²⁵⁷- “O conceito de conflito sociológico não se confunde com o de conflito jurídico. (...) O objeto do processo não seria o conflito de interesses em sua simples e natural realidade. Só em face do pedido do autor é que o juiz pode intervir, examinar o caso e julgar, de acordo com a lei, se esse pedido é ou não procedente, concedendo ou negando em consequência a providência pedida. A lei dá ao autor a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade da escolha no modo de resolver a controvérsia, exigindo dele a indicação da forma concreta e determinada de tutela que pretende conseguir para a satisfação de seu interesse. A tarefa do juiz é unicamente decidir se a solução proposta é conforme ou não com o direito vigente” (DANIELA MONTEIRO GABBAY, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 24).

²⁵⁸- “When we initially think of conflict or disputing, what usually comes to mind is manifest conflict, conflict that we can observe. Yet in many situations, even where there is such overt conduct, underlying dimension which may truly fuel the conflict. In order to achieve a complete or final resolution of a dispute, often the underlying conflict must be identified and addressed. These underlying issues are often referred to as a hidden agenda and can be responsible for at least a part of the overt conflict” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 3).

ou mais partes, no qual predominam as relações antagônicas expressadas através de suas ações, pensamentos, afetos e discursos.

Aliás, corroborando essa distinção, cabe destacar que um mesmo conflito social pode dar origem a inúmeras demandas. Exemplificativamente, não é raro deparar-se com um conflito existente entre homem e mulher divorciados, no qual predominam as relações antagônicas, e que irá gerar uma série de demandas (divórcio, guarda de filhos, execução de alimentos, partilhas de bens *etc.*).²⁵⁹

Feita essa primeira distinção entre conflito sociológico e conflito jurídico, é importante destacar que em muitas ocasiões os termos conflito e disputa são utilizados como sinônimos quando, em verdade, eles não representam o mesmo fenômeno²⁶⁰.

Como dito linhas acima, o conflito é um processo complexo, composto por diversas fases – dentre as quais algumas sequer se fazem públicas. A disputa é, na verdade, uma dessas fases do conflito, mais especificamente a fase em que o conflito é exteriorizado e ganha publicidade²⁶¹. A disputa é, portanto, um dos possíveis resultados da escalada do

²⁵⁹- Asseverando a necessidade de se diferenciar o conflito e a disputa (embora a considere apenas no âmbito processual), confira-se COSTA: “Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. (...) Mas o que fazer quando o conflito não é uma disputa por um determinado bem, mas o resultado de uma percepção diferente do mundo? Que fazer quando se confrontam um marido que repete padrões patriarcais e uma mulher que o ama, mas tenta conquistar sua liberdade e autonomia? Ou quando desejamos aquilo que não é quantificável, como atenção, carinho ou um pedido de desculpas? Ou aquilo que nenhum acordo é capaz de criar, por envolver respeito, afeto, cuidado, ou qualquer coisa que envolva um sentimento sincero? Nessas situações os modelos de disputa falham, justamente porque há conflito sem haver propriamente disputa. O que está em jogo são desejos inconciliáveis por serem divergentes e não por convergirem em relação a um bem disputado” (COSTA, Alexandre Araújo. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 3, Brasília, Grupos de Pesquisa, 2004, p. 163-164.

²⁶⁰- “Não há correspondência necessária entre conflito e disputa processual, quer sob o ângulo temático, quer mesmo sob o subjetivo. [...] E não há correspondência necessária, entre conflito e disputa processual, pelo singelo motivo de que não há coincidência fenomênica entre eles. Conflito e processo são fenômenos de predicções distintas; ainda que se reconheça que o processo judicial foi originalmente criado com a ambição de ser o continente do conflito” (FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*. In *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, n. 123, p. 12, ago/2014).

²⁶¹- “*He conceptualizado al conflicto como un proceso complejo. Dentro de este proceso hay elementos y etapas que son privadas, que no se hacen públicas, que son sordas, aunque no por ello tengan menos fuerza. La disputa es una de las partes de este proceso, que puede ser caracterizada como una fase pública del proceso del conflicto. Por lo tanto, si la disputa es una parte del conflicto, no puede ser tomada como sinónimo de conflicto. Podemos hablar de conflictos y de disputas*” (MARINÉS SUARES, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 78).

conflito.²⁶² Mas o termo disputa não guarda, necessariamente, relação com o processo judicial²⁶³, pois a disputa pode se dar fora da via judicial²⁶⁴.

E, justamente em razão de o conflito ser um fenômeno multidisciplinar, a sua precisa definição e conceituação – inclusive afastando a utilização de termos que, apesar de serem utilizados como sinônimos, não o são - é indispensável para o correto e produtivo diálogo interdisciplinar.

4.3. Aspectos relevantes e os elementos do conflito

Ressaltados os aspectos principais da definição do fenômeno conflito e destacadas as diferenças entre o conflito sociológico, o conflito jurídico e as disputas, faz-se mister analisar alguns aspectos relevantes ao próprio conflito.

Pode-se afirmar que o conflito é constituído por três elementos chaves²⁶⁵: as pessoas (partes), o problema e o processo.

As partes nada mais são do que as pessoas envolvidas em um conflito, que pode ocorrer internamente a um indivíduo (conflito intrapessoal); entre dois ou mais indivíduos (conflito interpessoal); dentro de um mesmo grupo, instituição ou nação (conflito intragrupal); ou entre dois ou mais grupos, organizações, instituições ou nações (conflito intergruppal)²⁶⁶.

²⁶²- YARN, Douglas. *Dictionary of conflict resolution*, Jossey-Bass, 1999, p. 153.

²⁶³ - Para GABBAY, “Há diferenças entre o conflito e a disputa, esta última mais relacionada ao processo judicial, refletindo de certa forma a diferença entre lide sociológica e lide processual, nos estudos sobre o conteúdo do processo realizados por Cernelutti e Calamandrei” (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 27).

²⁶⁴- “*La disputa es la manifestación exterior de un conflicto ante las propias partes y/o terceros. La finalidad de la exteriorización es múltiple: autoafirmación, búsqueda de legitimación, incorporación de terceros como aliados, o búsqueda de una resolución heterónoma, entre otra. Debemos recordar que no todos los conflictos son reales/ sin embargo, sean éstos imaginarios o no lo sean, pueden conducir a una disputa, y no toda disputa se resuelve vía judicial, o sea por medio de un juicio formal*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 60).

²⁶⁵- “*Analizar los elementos del conflicto conduce a una mejor comprensión del mismo; explorar las creencias y los factores que influyen en su resolución son decisivos para facilitación del mismo*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 60).

²⁶⁶- ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 61.

O problema é, basicamente, o motivo do conflito existente entre as partes. São o conjunto de diferenças essenciais que separam as pessoas, especialmente quando há atos ou discursos que se opõem. O núcleo-duro do problema está baseado nas diferenças essenciais, em questões e pontos concretos de incompatibilidade, como por exemplo: interesses distintos, necessidades e desejos próprios de cada parte, as opiniões diferentes sobre o caminho a ser seguido, os critérios para tomada de decisões, a alocação de bens, a repartição de recursos ou bens materiais, as diferenças de valores, questões referentes a dinheiro, tempo, terra, direitos, compensações, *etc.*²⁶⁷⁻²⁶⁸

Por fim, o último elemento do conflito é o processo, o qual refere-se ao modo como um conflito se desenrola no tempo e, sobretudo, a maneira como as partes tentam resolvê-lo. O processo do conflito pode ser visto como uma cadeia cíclica, formada por algumas etapas, as quais têm o condão de influenciar decisivamente na evolução do conflito²⁶⁹.

²⁶⁷- ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 60.

²⁶⁸- Sobre a tipologia dos conflitos, destaca-se, aqui, a classificação dos conflitos adotada por REDORTA que, identificando padrões nos conflitos, os divide da seguinte maneira: (i) conflito de recursos escassos; (ii) conflito de poder; (iii) conflito de autoestima; (iv) conflito de valores; (v) conflito estrutural; (vi) conflito de identidade; (vii) conflito normativo; (viii) conflito de expectativas; (ix) conflito de inadaptação; (x) conflito de informação; (xi) conflito de interesses; (xii) conflito atributivo; (xiii) conflito de relações pessoais; (xiv) conflito de inibição; (xv) conflito de legitimação (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipologia de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 133-315). Outra classificação digna de nota é a elaborada por RAHIM, o qual, classificando os conflitos a partir de suas fontes (ou condições antecedentes que levaram ao conflito), assim os distribui: (i) conflitos afetivos; (ii) conflitos substantivos; (iii) conflitos de interesse; (iv) conflitos de valores; (v) conflitos de objetivos; (vi) conflitos reais; (vii) conflitos institucionalizados; (ix) conflitos retributivos; (x) conflitos mal atribuídos; (xi) conflito deslocado (RAHIM, M. Afzalur. *Managing conflict in organizations*, 3ª ed., Quorum Books, Westport, 2001, p. 21-23). Para DEUSTCH, que traz ao menos duas classificações dignas de nota, os conflitos podem ser divididos em: (i) conflitos verdadeiros, (ii) conflitos contingentes; (iii) conflitos deslocados; (iv) conflitos latentes; (v) e falsos conflitos. A segunda classificação proposta por DEUSTCH divide os conflitos em relação às matérias: (i) conflitos sobre controle de recursos; (ii) conflitos sobre as preferências e moléstias; (iii) conflitos sobre os valores; (iv) conflitos sobre as crenças; (v) conflitos sobre a natureza da relação (DEUSTCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, New Haven, Yale University Press, 1973). MOORE, ao seu turno, separa os conflitos entre conflitos de valores, conflitos estruturais, conflitos de interesses, conflitos de relações pessoais e conflitos de informação (MOORE, Christopher W. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Granica, 1995). O trabalho de classificação de conflitos é deveras complexo, até mesmo porque não há unanimidade a respeito da definição do próprio fenômeno a ser classificado. Justamente por essa razão é que cada autor, dando maior importância a um determinado aspecto do conflito, acaba classificando-o de maneira diferente, inexistindo uma unanimidade ou até mesmo correntes abstratas para serem adotadas.

²⁶⁹- O processo do conflito e sua trajetória serão estudados em item próprio.

Por ser um fenômeno complexo, os elementos do conflito acabam sendo influenciados por inúmeras variáveis²⁷⁰, as quais podem ou não estar presentes de acordo com o conflito existente²⁷¹.

REDORTA, ao analisar de maneira exaustiva o fenômeno do conflito e verificar os padrões que estão presentes em todos os seus tipos (e posteriormente categorizá-los), identificou as variáveis que influenciam decisivamente na estrutura dos conflitos: as metas, o contexto, as partes, o poder, o padrão de conflito, as expectativas, a vivência, o gatilho, o ciclo, os métodos, as normas, o estilo, os efeitos e, por fim, a complexidade²⁷². A seguir, com base no entendimento de REDORTA, serão abordadas todas essas variáveis.

As metas, ou seja, os objetivos que pretendem conseguir as partes no conflito, quando são totais ou parcialmente incompatíveis, afetarão tanto as consequências do conflito quanto as táticas e estratégias que as partes usarão para a solução do conflito.

Já o contexto em que está inserido o conflito acaba por influenciá-lo profundamente, pois não se pode afirmar que o conflito de poder existente no seio de uma organização de trabalho seja igual ao conflito estabelecido em uma escola, ou até mesmo os conflitos decorrentes de negócios.

Quanto à influência das partes no conflito, tanto o aspecto quantitativo (ou seja, a quantidade das partes envolvidas) quanto o aspecto qualitativo (as características pessoais de cada parte) têm relevância fundamental para a criação e o desenvolvimento do conflito²⁷³.

²⁷⁰- “*Conflict consists of a number of variables. We know that overt conflict takes many forms, ranging from a slight look of exasperation to a pistol shot. Further, the intensity of conflict varies. In some instances, conflict, if left unresolved, will escalate. In other situations, time and space may act to minimize the dispute. There is also variation in what conflict affects, ranging from a slight influence on only two parties in dispute, to the complete destruction of a community or nation*” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 3).

²⁷¹- “*De la complejidad de la estructura del conflicto habla claramente la detección de hasta dieciocho elementos que destacamos para la estructura del mismo. Debemos señalar que algunos de estos elementos se citan en la literatura científica no con idéntico nombre, pero sí en el mismo sentido que hemos reflejado*” (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 68).
REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 63-73.

²⁷³- “*En la mirada hacia las pessoas físicas se deben tomar en cuenta quiénes son y qué hay detrás de los aspectos de la gente, cuál es la cultura o culturas a las que pertenecen, cuáles son sus emociones y sentimientos, la necesidad de desahogo, de respeto, de dar explicaciones y de justificarse, cómo es que el problema las afecta (su percepción) y cómo valora la relación con la otra parte. Nos referimos a los aspectos netamente humanos, culturales y de contenido psicológico experimentado por ellas y puestos de relieve ante*

As relações de poder acabam por influenciar no conflito especialmente porque desta variável dependem, em regra, os recursos que podem ser empregados ao conflito por cada parte e, portanto, influenciando na forma de evolução do conflito²⁷⁴.

Também as expectativas têm um valor central na estrutura dos conflitos, pois cada parte possui uma percepção diversa da maneira como o conflito se estabeleceu, e como ele se desenvolverá no futuro.

Já a vivência, entendida como o conjunto de percepções que são afetadas pelo conflito e que tendem a se modificar, e o conjunto de emoções que desatam o processo, e sua forma de expressão e o significado que cada parte atribui ao conflito, basicamente diz respeito à forma como se vive e se recebe o conflito. Cada parte o vê e o recebe, de acordo com suas emoções, de maneira diversa.

O gatilho é, basicamente, aquilo que desencadeia o processo de conflito entre as partes, o elemento catalizador das relações antagônicas e que, portanto, é a causa imediata do conflito.

Em relação ao ciclo, reafirma-se que o conflito é um processo que se desenrola no tempo, podendo nascer, morrer, se transformar ou simplesmente desaparecer. Portanto, o elemento tempo influencia decisivamente nos conflitos existente entre indivíduos.

Os métodos são o conjunto de práticas e ações que as partes colocam em ação para alcançar suas metas (objetivos das partes no conflito), empregadas taticamente para alcançarem seus interesses.

As normas são as regras que as partes respeitam no decorrer do conflito. Isso porque, em que pese a existência do processo conflituoso, as partes, em regra, ainda

una situación percibida como conflictiva” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 61).

²⁷⁴- “*Un análisis del proceso siempre toma en cuenta la cuestión del poder y la mutua influencia y dependencia. Podemos señalar varios puntos al respecto: nivel económico, educativo o social, acceso a los recursos materiales, a las fuentes de información, capacidad de controlar lo que el otro precisa, entre otras cosas. La igualdad de influencia siempre afecta directamente el proceso y el resultado del conflicto. Por ejemplo, un desequilibrio de poder muy marcado imposibilita una negociación directa como forma de resolver el conflicto, ya que quien tenga muchos recursos a su disposición, pocas veces negociará con quien no esté a su nivel y en caso de hacerlo no diríamos que se está negociando, sino que se está imponiendo el flete sobre el débil, precisamente al fijar las condiciones del acuerdo*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 64).

mantêm um consenso implícito acerca das regras de relacionamento com o próximo. Ainda que em um processo exclusivamente destrutivo, em que as regras de convivência são mínimas, ainda há pelo menos uma regra/norma a conduzir as atitudes das partes: aquela que conduz à destruição da parte contrária.

O estilo diz respeito às distintas formas de contenda, utilizadas pelas partes, e que podem medir tanto o envolvimento das partes naquele determinado conflito, como a capacidade de negociação entre as partes e a inclinação para encerrar o conflito ou mantê-lo por tempo indeterminado.

Os efeitos do conflito estão relacionados com o resultado produzido pelo conflito e a consequência deste nas relações das partes, tanto em curto como em longo prazo. Todas essas variáveis evidenciam, de plano, a complexidade do fenômeno social conflito²⁷⁵, que não pode ser descrito apenas como um embate entre determinadas partes com interesses antagônicos²⁷⁶.

Feita essa breve síntese acerca da estrutura do conflito e das variáveis existentes que o influenciam decisivamente, deve-se fazer uma breve incursão sobre o conteúdo dos conflitos. Pode-se afirmar que o conteúdo dos conflitos possui dois aspectos básicos: os interesses e as posições.

A posição é a postura inicial adotada pela parte, a qual irá direcionar as negociações acerca do conflito a partir de sua instauração. Uma vez instaurado o conflito, as partes adotam posturas iniciais, as quais definem o que elas pensam e o que elas querem usufruir a partir da resolução do impasse²⁷⁷. Para FISHER, PATTON e URY, “na barganha

²⁷⁵- “*The manner in which individuals dispute can also depend upon factors such as the culture, history and relationship of the parties. In fact, it has been observed that disputing can, in fact, define the relationship. A number of additional factors have been identified which impact conflict and disputing. These characteristics include such aspects as the parties’ perception and belief about social justice or fairness, personality, motivation, level of trust among the parties, communications abilities, emotion, self-control, power, development, education and culture. A mediator must be cognizant of disputing process and the myriad of attendant characteristics which impact it*” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 3).

²⁷⁶- Note-se, ainda, que estudiosos destacam outros elementos que influenciam diretamente na estrutura dos conflitos. Para DEUSTCH, em consideração à intervenção sobre o conflito, destacam-se o tamanho das partes em conflito, a rigidez das posições adotadas, a centralidade dos valores, os métodos de regulação do conflito e a possível influência de terceiros sobre as partes. Ademais, para esse mesmo autor a relação interpessoal também constitui aspecto decisivo na influência sobre os conflitos, sendo exemplificadas pelos aspectos de competição e cooperação, pela distribuição do poder, a orientação de tarefa e pessoa, a formalidade da relação e a intensidade e importância do conflito (DEUSTCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, New Haven, Yale University Press, 1973).

²⁷⁷- “[...] por un lado, están los asuntos, que son las diferentes áreas que, a primera vista, dan muestra de discrepancias o de incompatibilidades que deberán ser tratadas. Tales asuntos son expresados a través de las

posicional cada um dos lados toma uma posição, defende-a e faz concessões para chegar a uma solução de compromisso”²⁷⁸. A posição assumida pela parte adquire, com um tempo, a configuração de esquema mental que irá conduzir todos os pensamentos em torno da resolução do conflito: será rígido, não criativo e conduzirá a soluções estereotipadas²⁷⁹⁻²⁸⁰.

Muitas vezes ocultados pelas posições, por detrás delas encontram-se os interesses, que são os objetivos que as partes buscam conseguir através do conflito, sendo aquilo o que realmente importa para as partes²⁸¹. São os interesses que de fato definem o problema e o conflito estabelecido entre as partes²⁸². Os interesses são todas as formas de expressão das motivações que se encontram atrás das posições, expressando o que as pessoas querem de fato obter pelo conflito, e que muitas vezes estão ligados às necessidades físicas ou psicológicas das partes.

Desse modo, pode-se ver o problema como um *iceberg*²⁸³, em que a parte visível são as posições adotadas pelas partes e demonstradas durante o processo de conflito. Aquilo que está abaixo da superfície, ou seja, aquilo que muitas vezes sequer é exteriorizado, são os interesses das partes – que os levam a adotar certas posições. No entanto, quando se

posiciones que cada parte fije, son la postura inicial que más comúnmente adoptan las partes en conflicto, definen lo que ellas creen que quieren. Las posiciones pueden ser cuestionadas y confrontadas, no dejan espacio para explorar y resolver problemas, se obtiene lo que se quiere, se concede lo que uno quiere o no se consigue lo que uno quiere (negociación posicional)” (ALVAREZ, Gladys S.. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 62-63).

²⁷⁸- FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, trad. VERA RIBEIRO e ANA LUIZA BORGES, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 21.

²⁷⁹- FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 22-23.

²⁸⁰- Para MOORE, a negociação baseada em posições apresenta as seguintes limitações: as propostas ou posições são examinadas de cada vez, possuindo uma visão estritamente bilateral; há desencorajamento de integração das ideias e encorajamento dos negociadores a encarar as propostas como pacotes fechados, as quais admitem apenas o sim ou não como resposta; tende a produzir atitudes do tipo ganhador-perdedor, certo ou errado; as opções são avaliadas e geradas simultaneamente, tendendo a criar posições mutuamente excludentes e obstar novas ideias (MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*, 2ª ed., Porto Alegre, ArMed, 1998, p. 220).

²⁸¹- “*Luego están los intereses, que son el porqué o el para qué, muchas veces ocultos por debajo de las posiciones; siendo em definitiva lo que le importa a las personas. Los intereses pueden converger. Avezar más allá de las posiciones abre el paso a los intereses comunes que pueden ser satisfechos plenamente*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 63).

²⁸²- “Os interesses definem o problema. O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. [...] Tais desejos e preocupações constituem interesses. Os interesses motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. Sua posição é algo que você decidiu. Seus interesses são aquilo que fez com que você se decidisse dessa forma” (FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, trad. VERA RIBEIRO e ANA LUIZA BORGES, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 59).

²⁸³- “*Al problema podría dibujárselo como un iceberg em el que la parte visible serían las posiciones de las partes y lo que está bajo la superficie serían los intereses. Cuando una persona expresa sólo su posición, ello no permite la comprensión ni la explicación de cuáles son los intereses subyacentes, ni menos aún, las necesidades de las personas involucradas en el conflicto*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 63).

leva somente em consideração as posições adotadas pelas partes, não se consegue compreender o que existe, realmente, de importante para a parte e que motivou verdadeiramente o conflito.

Ou seja, tanto as posições quanto os interesses fazem parte do conflito, mas o que de fato importa é o objetivo final perseguido pelas partes ao final do processo, o que é representado pelos seus próprios interesses.

Por fim, vale destacar que, na maioria das vezes, o fenômeno do conflito encontra-se vinculado a aspectos negativos²⁸⁴. Quando se pensa no termo conflito genericamente, os primeiros pensamentos têm conotação ruim, ligados às frustrações, ansiedade, batalhas a serem travadas, custos sociais e financeiros para a resolução do conflito *etc.*²⁸⁵ Ainda assim, conforme já mencionado alhures, o conflito possui, também, aspectos positivos inerentes à sua configuração²⁸⁶⁻²⁸⁷.

Em primeiro lugar, os conflitos constituem a principal razão das mudanças sociais e pessoais, as quais tem por objetivo final a própria evolução individual²⁸⁸. Além disso, os conflitos podem ser considerados como uma experiência positiva, que pode levar a uma melhor análise de problemas e das situações vividas pelos indivíduos, bem como a um fortalecimento das relações²⁸⁹.

²⁸⁴ - “When we begin to consider the phenomena of social conflict, most of us start with a negative attitude. That is, we associate conflict with what is undesirable. Conflict is bad, and the resolution of conflict is good; that, at least, is the association most of us make when we first consider these terms” (SCHELLENBERG, James. *Conflict resolution: theory, research, and practice*, State University of New York Press, Albany, 1996, p. 9).

²⁸⁵ - “With this approach has come a view of conflict that is primarily negative. When asked to respond to the term conflict, pejorative terms such as frustration, anxiety, and struggle are generally used. Historically disputes were battles to be won, usually by force. Consequently, the resolution of disputes is often seen as a win-lose proposition, with conflict perceived as necessarily carrying negative consequences” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 2).

²⁸⁶ - “Vale destacar, contudo, que, embora predominem referências negativas à sua verificação, há quem reconheça no conflito uma oportunidade de melhoria que abre caminhos para mudanças e transformações de perspectiva” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 6).

²⁸⁷ - “Conflict is so fully a part of all forms of society that we should appreciate its importance – for stimulating new thoughts, for promoting social change, for defining our groups relationships, for helping us form our own senses of personal identity, and form many other things we take granted in our everyday lives” (SCHELLENBERG, James. A. *Conflict resolution: theory, research, and practice*, State University of New York Press, Albany, 1996, p. 9).

²⁸⁸ - “El antagonismo no es destructor en sí mismo ni es bueno en sí mismo, sino que es uno de los elementos de la evolución. Es más, diría que es uno de los elementos de la vida”. (MARINÉS SUARES, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 72).

²⁸⁹ - “Yet the conflict can be positive. In fact, the Chinese sign of conflict translates both ‘danger and opportunity’. In some instances, conflict can be an exciting and inspiring experience. It may lead to closer examinations of issues and an assessment of situations. Conflict can result in creative and new resolutions. Relationships can be established or strengthened, and in fact, conflict is at the root of personal and social chance” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 2).

Ainda, a compreensão do conflito é uma etapa absolutamente indispensável para que se possa extrair dessa experiência aspectos positivos. Ao visualizar o conflito como uma oportunidade de se colocar à prova e de refletir sobre si mesmo, a parte pode usufruir de uma experiência benéfica, encontrando respostas e soluções criativas, gerando mudanças pessoais e sociais. Ademais, o conflito ajuda as partes a reconhecer as importantes diferenças existentes entre as pessoas, a estabelecer uma identidade pessoal e grupal, definir os limites do grupo interno e externo²⁹⁰.

Para RUBIN, PRUIT e KIM, os aspectos positivos dos conflitos são três: o primeiro deles consiste no fato de que o conflito é a semente inicial que dá origem a mudanças sociais (e citam, como exemplo, as mudanças de leis americanas, que em sua maioria das vezes decorrem de um intenso período de debates e de pressões exercidas por grupos de interesses opostos). A segunda função positiva dos conflitos seria facilitar a reconciliação entre as pessoas e os seus respectivos interesses. Por fim, a terceira função positiva do conflito deriva do fato de que o conflito promoveria a união dos indivíduos e dos grupos (isso porque, sem a capacidade de mudança social ou de reconciliação, a solidariedade social não existiria)²⁹¹.

Já FIORELLI, MALHADAS e MORAES destacam as possíveis vantagens que decorrem de um conflito: a produção de mudanças sociais; a geração de novas ideias; comprovar a coesão do grupo; revelar diferentes interesses do indivíduo ou de grupos; explorar personalidades; aprender coisas a respeito dos outros; estabelecer e comprovar os limites entre o possível e o não possível; permitir a expressão de sentimentos fortes existentes entre as partes; descobrir os pensamentos dos demais; revelar temores; e, por fim, criar dependência mútua²⁹².

Por todas essas razões é que não se pode alentar um mundo sem conflitos, o que geraria a manutenção do *status quo* ante da sociedade, em especial em relação àqueles

²⁹⁰- “El conflicto, tal como lo afirmara Morton Deutsch, está en la raíz del cambio personal y social. Nos ayuda a reconocer las importantes diferencias existentes entre las personas, a establecer una identidad personal y una identidad grupal, al definir los límites del grupo interno y el externo. En algunos casos el conflicto es una experiencia agradable y emocionante. Podríamos seguir enumerando las oportunidades que pueden abrirse a partir de un conflicto” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 55).

²⁹¹- RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 7-8.

²⁹²- FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação. Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*, São Paulo, LTR, 2004, p. 20-22).

benefícios usufruídos por uma parcela mínima e mais abastada da população, pois o conflito é o principal motivador das mudanças sociais²⁹³. Ademais, a tentativa de se limitar os conflitos pode encorajar a tomada de decisões precipitadas, justamente para se evitar o desenvolvimento do conflito, o que prejudicaria sobremaneira a tentativa de se alcançar justiça.

Ainda assim, é evidente que os conflitos não devem ser encorajados; no entanto, a tentativa de suprimi-los a todo custo levaria aos problemas acima citados. Justamente por essa razão é que se deve encontrar um equilíbrio a respeito do número de conflitos existentes em uma sociedade²⁹⁴, balanceando as mudanças sociais obtidas através dos conflitos e a necessária estabilidade que deve existir em um grupo ou sociedade²⁹⁵.

Além da destacada importância da definição e do estudo dos conflitos, os quais permite o correto e produtivo diálogo interdisciplinar, faz-se mister pontuar que o estudo acerca dos elementos, estrutura, conteúdo e resultado dos conflitos é especialmente importante para aqueles que se utilizam dos métodos de resolução adequadas de conflitos, em especial a mediação, visto que tal mecanismo necessariamente exige que o mediador saiba identificar os padrões de conflito, os interesses das partes, as variáveis existentes, para que possa ser possível a aplicação de ferramentas aptas a solucionar o embate existente entre as partes²⁹⁶. Portanto, o estudo da mediação impõe o conhecimento de tais aspectos do conflito.

²⁹³- *“One problem with discouraging conflict is that archaic policies that advance few people’s interests may be preserved. Communities that are averse to conflict typically fail to make needs chances, because there are almost Always some proponents of the status quo, however unfavorable it may be for the majority of citizens”* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., Mcgraw-Hill, 1994, p. 25).

²⁹⁴- *“Un mundo sin conflictos sería tan inhabitable como uno em el que sólo hubiera conflictos”* (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 56).

²⁹⁵- *“Nevertheless, there is a limit to the amount of conflict that society can tolerate, even conflict of the most productive sort. Conflict takes time and energy away from other pursuits. A group, organization, or country can become so embroiled in controversy that it is unable to cope with basic environmental demands. Individuals, groups, and societies must treat a fine line between too little and too much stability. Some element of stability is essential because it is necessary to keep the total amount of conflict between group members within bounds. If most issues were under debate most of the time, there would be no time or energy for coping activities. But too much stability can be maladaptive because efforts to avert conflict run the risk of producing premature decisions and perpetuating outdated policies”* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., Mcgraw-Hill, 1994, p. 26).

²⁹⁶- *“Because the work of the mediator necessarily involves intervention in a dispute, consideration of disputing process is necessary. The mediator’s job is to assist in the resolution of conflict, and so it is important that she have an understanding of the many forms and functions of conflict. (...) It is crucial that the mediator, as an intervenor in another’s conflict, be aware of the variety of factors affecting conflict.”* (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p.2).

4.4. O processo do conflito e a sua trajetória

Como dito linhas acima, um dos elementos do conflito é o próprio processo. O termo processo é aqui utilizado para determinar o modo como o conflito se desenvolve no tempo, bem como a maneira utilizada pelas partes para resolvê-lo²⁹⁷. Isso porque o conflito, sendo um fenômeno social complexo, não é estanque, e é caracterizado justamente por sua mutabilidade e suscetibilidade a determinadas variáveis (apontadas no item 3.3), as quais acabam por alterar as suas configurações iniciais.²⁹⁸

Ao estudar o processo do conflito e trajetória, incluindo o seu nascimento e a sua transformação, debruça-se sobre um fenômeno social complexo, devendo ser analisado o modo como os interesses e os danos são percebidos ou não, e como as pessoas respondem a essa experiência²⁹⁹. E, aqui, deve-se dar maior importância aos antecedentes da disputa (ou seja, quando o conflito ainda não é público), que são pouco abordados pela literatura brasileira.

Conforme visto alhures, os conflitos são decorrência direta de relações antagônicas estabelecidas entre as partes, e são inerentes à vida em sociedade. Mais do que isso, o conflito é algo extremamente comum no dia-a-dia dos indivíduos, pois discussões, negociações, problemas são ocorrências diárias experimentadas pelos cidadãos³⁰⁰. Ainda assim, grande parte desses problemas não se desenvolve a ponto de se tornar um conflito relevante. Tais lesões estão na base da pirâmide proposta por FELSTINER, ABEL e SARAT, conforme mencionado anteriormente.

²⁹⁷- “Con el término ‘proceso’ queremos referirnos al modo en que un conflicto se desarrolla y, sobre todo, a la manera en que la gente trata de resolverlo. E este aspecto del proceso hay que considerar como ha sido su desarrollo, la comunicación existente entre las partes y los recaudos para establecer un diálogo constructivo” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 64).

²⁹⁸- “De las pocas cosas que en el campo de la gestión de conflictos existe un acuerdo casi unánime entre los diferentes autores es en atribuir importancia al factor tiempo. O, de manera más precisa, hay que ver el conflicto como un proceso” (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 75).

²⁹⁹- “These ideas, though certainly not novel, are important because they draw attention to a neglected topic in the sociology of law – the emerge and transformation of disputes – the way in which experiences become grievances, grievances become disputes, and disputes take various shapes, follow particular dispute processing paths, and lead to new forms of understanding. Studying the emergence and transformation of disputes means studying a social process as it occurs. It means studying the conditions under which injuries are perceived or go unnoticed and how people respond to the experience or injustice and conflict” (FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 632).

³⁰⁰- Exemplificativamente, uma negociação sobre o preço de um sapato, em uma loja, nada mais é do que um conflito estabelecido entre as partes: a relação antagônica está justamente na diferença exigida no preço do produto, ao passo que o interesse das partes é claro: o vendedor quer vender o sapato por um preço maior, e o comprador quer adquiri-lo a um preço menor.

No entanto, para os conflitos nascerem e ganharem relevância, a ponto de exigirem atitudes das partes para solucioná-lo e alcançando o *status* de disputa, uma experiência danosa não-percebida deve se transformar em uma experiência danosa percebida. Ou seja, para que o conflito possa ganhar relevância a parte deve perceber o dano causado e a divergência dos interesses seus com os de outra parte.

E, nesse sentido, diversos são os fatores que influenciam na percepção do injusto (entendido aqui como as experiências que são prejudiciais aos interesses do indivíduo) perpetrado contra uma determinada pessoa: a escolaridade, classe social, a situação de trabalho, as convivências sociais, maior tolerância ao injusto, *etc.* A percepção do injusto e dos interesses antagônicos é, portanto, subjetiva³⁰¹.

Essa *percepção* do injusto, no qual a parte aceita que a experiência vivida é prejudicial aos seus próprios interesses, pode ser denominada como nomeação. Essa transformação, que ocorre no âmbito interno do indivíduo³⁰², é um estágio crítico do desenvolvimento do conflito – pois é somente a partir dela que as partes afetadas percebem a existência do conflito e, assim, poderão buscar a melhor maneira de geri-lo³⁰³.

O segundo degrau da escalada do conflito é transformar uma experiência injusta percebida (prejudicial ao interesse do indivíduo) em uma queixa, o que ocorre quando o indivíduo atribui a responsabilidade pela experiência injusta a uma outra pessoa.

O indivíduo prejudicado deve se sentir prejudicado (percepção) e atribuir esses prejuízos a atos perpetrados por um terceiro, o qual deveria responder e se submeter

³⁰¹- “*In order for disputes to emerge and remedial action to be taken, an unperceived injurious experience (unPIE, for short must be transformed into a perceived injurious experience. (...) The transformation perspective directs our attention to the differential transformation of unPIEs into PIEs. It urges us to examine, in this case, differences in class, education, work situation, social networks, etc. (...) There are conceptual and methodological difficulties in studying this transformation. The conceptual problem derives from the fact that unPIE is inchoate, PIE in the sky so to speak. It can only be bounded by choosing someone’s definition of what is injurious. [...] An injurious experience is any experience that is disvalued by the person to whom it occurs. For the most part, people agree on what is disvalued. But such feelings are never universal*” (FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 633-634).

³⁰²- Ressalta-se, apenas, que esse fenômeno não é aquilo que definimos por conflito intrapessoal, ou seja, aquele conflito que somente existe internamente ao indivíduo. Diz-se aqui apenas que a percepção inicial do embate entre interesses, e da experiência prejudicial ao indivíduo, ocorre internamente.

³⁰³- “*Nevertheless, in many cases it will be difficult to identify and explain transformations from unPIE to PIE. This first transformation – saying to oneself that a particular experience has been injurious – we call naming. Tough hard to study empirically, naming may be the critical transformation; the level and kind of disputing in a society may turn more on what is initially perceived as an injury than on any later decision*” (FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 633-634).

aos seus interesses. Essa *atribuição* do injusto a outro indivíduo pode ser denominada imputação³⁰⁴.

Por fim, o terceiro degrau da escalada do conflito se dá quando o indivíduo, após atribuir a responsabilidade a uma outra pessoa, exprime as suas reclamações acerca desse embate para a pessoa ou entidade que acredita ser responsável para solucionar esse impasse.

Essa comunicação pode ser denominada reivindicação, e ocorre quando o indivíduo prejudicado decide dar publicidade ao conflito e buscar auxílio externo para que sejam acolhidos os seus interesses. E, uma vez dada publicidade ao conflito, e caracterizado o conflito de interesses entre as partes envolvidas, tem origem a disputa³⁰⁵, definida como a fase em que o conflito é exteriorizado e ganha publicidade.

Seguindo essa escalada do conflito proposta por FELSTINER, ABEL e SARAT, pode-se identificar e sistematizar os conflitos pelos níveis de intensidade verificados, classificando-o em latente, emergente e manifesto³⁰⁶.

O conflito latente é caracterizado por tensões básicas ainda não desenvolvidas por completo, e que muitas vezes sequer a parte possui conhecimento acerca de sua existência e de sua possibilidade (em verdade, tais conflitos são implícitos). Pode-se dizer que, por esse nível de intensidade do conflito, o indivíduo que nele se encontra ainda não transpassou a barreira do *blaming* (imputação) e, muitas vezes, sequer passou pela fase *naming* (nomeação), visto que em regra a parte sequer têm consciência do conflito.

Já os conflitos emergentes são aqueles em que as partes já reconhecem a discrepâncias entre os interesses, reconhecendo seu próprio adversário, mas ainda não

³⁰⁴- “The next step is the transformation of a perceived injurious experience into a grievance. This occurs when a person attributes an injury to the fault of another individual or social entity. (...) The definition takes the grievant’s perspective: the injured person must feel wronged and believe that something might be done in response to the injury, however politically or sociologically improbable such a response might be (...) We call the transformation from perceived injurious experience to grievance blaming” (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 635).

³⁰⁵- “The third transformation occurs when someone with a grievance voices it to the person or entity believed to be responsible and asks for some remedy. We call this communication claiming. A claim is transformed into a dispute when it is rejected in whole or in part. Rejections need not be expressed by words. Delay that the claimant construes as resistance is just as much rejections as is a compromise offer (partial rejection) or an outright refusal” (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 635-636).

³⁰⁶- MOORE, Christopher W. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Granica, 1995, p. 47.

tomaram qualquer atitude para resolver o conflito estabelecido. Tem-se que, nos conflitos denominados emergentes, as partes ainda se encontram no segundo degrau de desenvolvimento do conflito, qual seja, o *blaming* (imputação), pois já conseguem reconhecer o injusto e o impasse entre interesses, mas não houve ainda a procura por alguma instituição ou terceiro apto a resolvê-lo.

Por fim, os conflitos manifestos são aqueles em que as partes já reconhecem o conflito e partem em busca de modos para resolvê-lo, seja através da negociação ou pela intervenção de indivíduo ou instituição em busca de uma solução. Segundo a classificação proposta por MOORE, os conflitos manifestos encontram-se na fase aqui denominada como *claiming* (reivindicação).

Além desses degraus a serem percorridos pelas partes no decorrer do conflito, é importante destacar também que o processo do conflito, ao longo do tempo, possui uma dinâmica própria e, muitas vezes, até mesmo previsível, constituída por um esquema básico de tensão inicial, escalada da tensão, ponto culminante e redução da tensão³⁰⁷.

A fase inicial dessa dinâmica é constituída pela escalada³⁰⁸ do conflito, na qual há uma expansão sequencial da amplitude e da intensidade do conflito, muitas vezes decorrentes de aspectos psicológicos das partes, tais como a percepção seletiva de informação, ações reativas e expectativas, visão negativa acerca da outra parte³⁰⁹.

É certo que essa fase de expansão da tensão do conflito, caracterizada pela escalada, não perdura até a extinção do conflito, pois em algum momento do ciclo ela

³⁰⁷- FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a compressive guide to resolving conflicts without litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984, p. 25; e RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994.

³⁰⁸- “There are two related meanings of the term escalation. It may mean that one of the participants in conflict is using heavier tactics than before – is putting greater pressure on the other participant. Or it may mean that there is an increase in the intensity of a conflict as a whole. (...) As conflicts escalate, they go through certain incremental transformations. Although these transformations occur separately on each side, they affect the conflict as a whole because they are usually mirrored by the their side. As a result of these transformations, the conflict is intensified in ways that are sometimes exceedingly difficult to undo” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 69-70).

³⁰⁹- “Para que ocurran esas transformaciones dentro de la escalada debe contarse con los siguientes elementos: a) Percepción selectiva: tendemos a ver lo que queremos ver y distorsionamos la información de manera que apoye y sustente nuestras expectativas; b) profecías auto cumplidoras: uno tiene una determinada expectativa acerca del otro que nos conducirá a actuar de modo tal que producirá em el otro una respuesta ya prevista por nosotros y que reconfirmará nuestra expectativa; c) entraparse: ay una tendencia a quedarse con una particular visión del otro y aferrarse a ella (ALVAREZ, Gladys S.. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 65).

começa a diminuir, estancando a escalada, quando as partes já descarregaram todos os aspectos negativos do conflito no outro.

Esse segundo momento é o denominado estancamento, ou seja, há uma frenagem do processo de escalada, pois as partes chegaram a um ponto em que já não se manifestam mais interessadas em seguir com o conflito (processo de competição), passando a se desenvolver um processo de cooperação³¹⁰.

Ou seja, diante do cenário de que às partes não é conveniente continuar o conflito, contender (pelas razões expostas acima), e ceder os interesses muitas vezes é inaceitável em razão do tempo e energia já gastos no conflito, a única saída possível é negociar posições e interesses com o intuito de resolver o conflito³¹¹. Nesse momento de estancamento é que as ações, pensamentos e discursos competitivos, que acirram o antagonismo entre as partes, cedem lugar a ações cooperativas³¹².

Essa é justamente a maior consequência do estancamento, pois o indivíduo é forçado a entender o adversário, pois a cooperação passa a ser necessária³¹³.

A partir do estancamento começa do processo de desescalada, que é justamente o vetor inverso ao processo de escalada, fase em que o conflito perde força e passa a regredir. Nesse momento são necessários quatro passos para se verificar a desescalada do conflito: o aumento da interação entre as partes; a construção de momentos

³¹⁰- *“Como su nombre lo sugiere, es el estancamiento del conflicto. Ninguna parte quiere ni puede escalar más el conflicto, aunque ninguna pueda o quiera tomar medidas que eventualmente llevarán al acuerdo. Han abandonado la intención de vencer al otro, pero se ha perdido la esperanza de conseguir ese objetivo ya sea porque se piensa que los costos de continuar la lucha será tan grandes que una mayor escalada de conflicto debe evitarse. Se ha llegado a un punto muerto no porque las partes no puedan continuar su lucha competitiva, sino porque no están más dispuestas a hacerlo. Se llega al punto muerto porque las partes detienen el proceso de empujar y de resistir. Las dos partes están parejas em el poder efectivo”* (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 67).

³¹¹- *“Si pasamos revista a las conductas posibles de las partes frente a conflicto descartaremos, em primer lugar, la de contender, pues hemos dicho que ya han decidido no hacerlo; la inacción no saca a las partes del punto muerto, al contrario, puede hacerlo doloroso; ceder puede ser considerado una salida inaceptable considerando la energía puesta em la lucha previa, em impedir que el otro salga victorioso. Aunque ciertamente no cabe descártala; retirarse puede ser una posibilidad de salir del punto muerto, aunque es costoso para ambas partes. Cuando han sido descartadas las mencionadas alternativas, lo que queda es la solución del problema”* (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 67).

³¹²- *“El estancamiento [...] es un punto crítico del proceso em el que se pasa de actividades competitivas a cooperativas y se reconoce al otro”* (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 77).

³¹³- *“The most important consequence of stalemate, then, is that Party is forced into a grudging acceptance of Other as an interdependent partner with whom some quid pro quo will have to be worked out. Other is not a friend with whom collaboration is a welcome opportunity but a despised enemy whose cooperation is nevertheless needed”* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 155).

ou espaços de pausa no conflito em que são permitidas pequenas concessões mútuas; a criação de objetivos comuns superiores aos interesses de cada parte; e as concessões unilaterais³¹⁴.

³¹⁴- ALZATE, R. *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1998, p. 68-70.

5. OS IMPACTOS DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS

O estudo da transformação e da trajetória do conflito permite sejam postas em relevância e examinadas as percepções, frustrações e conflitos sociológicos os quais, na maioria das vezes, sequer acabam em disputas. Além disso, a análise acerca da trajetória dos conflitos permite um acréscimo na qualidade dos estudos referentes à efetividade dos mecanismos de solução de disputas, pois permite ao avaliador considerar a influência da natureza do conflito e a real dimensão dele na resolução da controvérsia³¹⁵.

Ademais, a ótica da transformação dos conflitos acaba por influenciar o paradigma adotado por muitos estudos e pesquisadores de que há muito conflito na sociedade, revelando que, partindo-se da análise individualizada dos conflitos, pode haver de fato poucas disputas na sociedade e que poucos conflitos são levados a instituições de resolução de controvérsias³¹⁶.

Ao considerar a ótica da transformação dos conflitos, revela-se que o caminho do acesso à justiça inicia-se muito antes de a parte reclamar a sua solução perante um órgão responsável, pois ela apenas poderá reivindicar seus interesses quando reconhecer uma experiência danosa, responsabilizar alguém por essa experiência e, somente então, procurar a solução do problema³¹⁷. Daí porque os estudos de acesso à justiça não devem

³¹⁵- “Because transformation studies begin with the individual, they enable researchers to examine perceptions, grievances, and conflicts that are never institutionalized as disputes. (...) Evaluation research on the effectiveness of different forms of dispute processing would also be improved if it considered transformations. Conventional evaluation is inclined to explore the attitude of disputants when a process has run its course [...]. Lacking a baseline – the content of the original problem, the nature of the claim as first expressed, or the earlier forms the dispute may have assumed – the evaluator cannot make an independent assessment of final condition. (...) This is not to say that the effectiveness of a dispute process is necessarily measured by its ability to uncover and deal with the origin of the dispute. [...] But whether or not such a transformation has taken place, judgments about effectiveness could be improved by the detailed dispute histories that can best be captured by transformation studies” (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 650).

³¹⁶- “Unarticulated grievances, lumped claims, and bilateral disputes certainly are numerically more significant than are the cases that reach courts and administrative agencies but are rarely studied by researchers. [...] We noted earlier that transformation studies render problematic one of the most fundamental political judgments about disputing – that there is too much of it [...]. The transformation perspective suggests that there may be too little conflict in our society. Many studies are ‘court-centered’. They assess conflict from the point of view of courts which perceive their resources to be limited (cf. Heydebrand, 1979). From this viewpoint, any level of conflict that exceeds the court’s capacities is too much. Things look very different, however, if we start with the individual who has suffered an injurious experience. That is what the transformations point of view makes us do. It encourages inquiry into why so few such individuals even get some redress” (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 651)

³¹⁷- “Where does the process of access to justice begin? A lead in the right direction might be the naming, blaming and claiming theory of Felstiner et. Al. (1981-81). This theory distinguishes five transformations: the

estar baseados, apenas, nos órgãos de solução de disputas, especialmente visando à redução do número de disputas submetidas ao Poder Judiciário.

Conforme visto alhures, a escolha acerca dos mecanismos de resolução de controvérsias acaba por influenciar na própria trajetória e desenvolvimento deles³¹⁸. Isso porque, uma vez escolhido o mecanismo de resolução para lidar com o conflito submetido pela parte, e iniciados os trabalhos inerentes ao mecanismo escolhido, a parte acaba por definir o objeto da disputa, os atores que serão envolvidos, os custos, a estimativa de tempo para a resolução, e principalmente as normas e as premissas que são inerentes a cada mecanismo de solução de disputas³¹⁹.

A escolha das partes em submeter o conflito a um dos mecanismos de solução de disputas disponíveis pode indicar uma intransigência em relação às posições adotadas, bem como uma ausência de criatividade ou experiência necessárias para que o conflito pudesse ser solucionado sem a interferência de terceiros³²⁰.

É evidente, pois, que a intervenção de um terceiro no conflito acaba por alterar a dinâmica conflituosa e a trajetória desse fenômeno. Nesse ponto, a intervenção e a presença de um terceiro causa uma mudança na interação social entre as partes, que quase sempre leva à interrupção – ainda que momentânea – da escalada do conflito³²¹. Entretanto,

first states that a particular experience has been injurious (naming), then holding someone else responsible (blaming) and asking for remedy (claiming); when this claim is rejected, the claim transforms into a dispute and when it is impossible to solve this dispute together, the ultimate transformation takes place: a dispute becomes a lawsuit" (BARENDRECHT, Mauri's; MULDER, José; GIESEN, Ivo. *How to measure the price and quality of access to justice?* November 2006. Disponível em <http://www.ivogiesen.com/media/1038/access_to_justice_2006_ssrn.pdf>).

³¹⁸- *"In between courts and psychotherapy there are many other dispute institutions – arbitration, mediation, administrative hearings, and investigations – that use ingredients of each process in different combinations but always effect a transformation"* (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 649).

³¹⁹- *"The grievant's choice of an audience to whom to voice a complaint and the disputant's choice of an institution to which to take a controversy are primarily functions of the person's objectives and will change as objectives change. [...] Once a mechanism – court, administrative agency, mediator, arbitrator, or psychotherapist – is set in motion, it determines the rules of relevance, cast of actors, costs, delays, norms, and remedies"* (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 642).

³²⁰- *"Positions tend toward rigidity because the protagonists are reluctant to budge lest any conciliatory gesture be misconstrued as a sign of weakness. Moreover, the parties may lack the imagination, creativity, and/or experience necessary to work their way out of the pit they have jointly engineered – not because they don't want to, but because they don't know how. Thus, for a variety of reasons, disputants are sometimes either unable or unwilling to move toward agreement of their own accord. Under these circumstances, third parties often become involved at the behest of one or more of the disputants, on their own initiative, or by institutional arrangement"* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 196-197).

³²¹- *"The mere presence of a third party, either in contractual or emergent intervention, is likely to profoundly change the interactions between Party and Other. Under most circumstances, such change is likely to be*

em alguns casos, a intervenção do terceiro pode gerar consequências negativas ao próprio conflito, em especial brechando uma genuína intenção das partes em resolvê-lo consensualmente³²².

Para o escopo do presente trabalho, faz-se mister analisar de que modo a escolha da mediação pelas partes (ou até mesmo pelo próprio Estado, em caso de mediação obrigatória) acaba por influenciar no conflito real e sociológico enfrentado pelas partes, partindo-se da premissa de que a mediação é o mecanismo que traz as maiores consequências para o processo de conflito, que é o foco principal da prática mediativa.

Para tanto será necessário estabelecer primeiramente as premissas e os fundamentos em que essa forma de resolução de controvérsias está amparada.

5.1. Contextualizando a mediação - apontamentos históricos

A mediação como instrumento de resolução de conflitos é utilizada há milhares de anos especialmente na China e no Japão, locais em que a sua prática é a principal ferramenta para a resolução de controvérsias. Muito embora tradicionalmente defenda-se que a utilização da mediação nesses países seja uma forma a resguardar a cultura local de se incentivar a paz³²³, atualmente aponta-se a que a ampla utilização da mediação também tem como causa os problemas verificados no acesso ao Poder Judiciário desses locais.³²⁴

beneficial. The destructive path of the escalation conflict is diverted, at least momentarily, by third party's inclusion" (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 198).

³²²- *"Thus, inclusion of the third party may occur in the midst of efforts by disputants to work directly toward settlement. Involvement in a conflictual relationship that is characterized by genuine and effective movement toward settlement may have the costly effect of breaking a newly established – and possibly quite fragile – momentum toward agreement"* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 198).

³²³- *"Mediation was used in China and Japan as a primary means of conflict resolution. The meditative approach was not an alternative to fighting or adversarial approaches to problem solving, but rather was the first choice for dispute settlement. Those cultures placed emphasis on peace-making and peace-keeping. A win or lose approach was not an acceptable means of resolution"* (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 29).

³²⁴- *"No Japão, a mediação judiciária é extremamente eficaz e é mais utilizada do que os instrumentos tradicionais (processo civil) para a composição de litígios. Tal fenômeno pode ser explicado pelo fato de o governo japonês estimular, indiretamente, tal modo de resolução de conflitos, ao tornar difícil o acesso à Justiça: o processo tradicional é lento e muito mais oneroso do que a mediação"* (LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. *A mediação como forma alternativa de solução de conflitos*. In: Arnold Wald (org.). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo, RT, 2014, p. 821). Nesse mesmo sentido MURAYAMA desmistifica a concepção generalista de que a sociedade e o povo japonês são menos propensos ao conflito (MURAYAMA, Masayuki. *Experiences of problems and disputing behavior in Japan*. Meiji law Journal, 14, p. 1-59).

Essa longa tradição chinesa³²⁵ no uso da mediação pode ser verificada pelo fato de que os comitês chineses de mediação resolvem cerca de 80% dos conflitos civis, representando mais de 7 milhões de disputas por ano³²⁶. Também na Grécia antiga pode-se destacar a existência de método preliminar de resolução de disputas no qual um terceiro buscava auxiliar e incentivar as partes para que elas mesmas resolvessem o conflito³²⁷.

Pode-se asseverar que a mediação, nos tempos modernos, ganha força nos Estados Unidos da América³²⁸, inicialmente a partir do âmbito trabalhista, com a criação de um painel para resolver conflitos oriundos da relação trabalhista pelo U.S. Department of Labor, em 1913³²⁹.

Já a partir da segunda metade do século XX, com a criação do *Community Relations Service* pelo *Civil Rights Act* de 1964, foram abertos centros de justiça de vizinhança, no qual mediadores voluntários intervinham em disputas menores da comunidade (em geral, conflitos decorrentes de contratos de locação, vizinhança e família)³³⁰.

Tais centros foram criados porque à época já se analisava que determinados tipos de caso não eram eficientemente abordados pelo sistema tradicional de

³²⁵- “Na China, por exemplo, existe uma tradição anti-resolução judicial e pró-resolução privada. Os chineses, influenciados por Confúcio, já praticam há centenas de anos a mediação como meio de resolver contendas. Confúcio acreditava ser possível construir um paraíso na terra, desde que os homens possam se entender e solver pacificamente seus problemas. Vigoram em toda a China Comitês Populares de Mediação, encarregados, de modo informal, de propiciar o entendimento entre as partes conflitantes” (DIAS, José Carlos de Mello. *A mediação vista como forma de pacificação de conflitos*, in: CARLOS ALBERTO DE SALLES (coord.), *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 571)

³²⁶- KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 29.

³²⁷- Para uma análise completa da mediação na história: MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, In: WALD, Arnaldo (org.). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*, São Paulo, RT, 2014, p.495-506.

³²⁸- Muito embora a mediação já fosse praticada anteriormente: “*In the United States, religious, immigrant and trade groups in colonial New England sustained their ethical and religious traditions in part by using mediation to resolve conflicts among group members*” (ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 1).

³²⁹- “*Formal institutionalization of mediations in the United States first occurred in the labor field. The U.S. Department of Labor created a panel in 1913 to handle labor-management conflicts. In 1947, this panel evolved into the Federal Mediations and Conciliations Service, which is charged with maintaining stability in industries through mediation*” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 273).

³³⁰- “*Neighborhood justice centers (also called community dispute resolution centers), where volunteers mediators intervene in community cases or ‘minor disputes’ have been funded by state and federal budgets since de 1960s. Community centers receive case referrals both from the courts and from other agencies and institutions. These centers typically address disputes between landlords and tenants, neighbors, family members, persons involved in love triangle or work place situations, and a variety of other matters* (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p.273). Destaca-se, porém, que a criação desses centros tinha como proposta inicial a resolução de controvérsias em que se destacavam as questões raciais e éticas, as quais geravam tensão na comunidade local.

justiça, razão pela qual os centros tinham como premissa a ideia de que as partes poderiam conseguir resultados mais satisfativos quando os conflitos são resolvidos por elas mesmas³³¹⁻³³².

A década de 60 nos Estados Unidos foi caracterizada por conflitos e descontentamentos em diversas formas, decorrentes especialmente da Guerra do Vietnã, da luta pelos direitos civis, a conscientização dos direitos dos consumidores, as questões relativas ao feminismo, e a discriminação racial, que provocaram uma desconfiança em relação ao *status quo ante* e um aumento da litigância, sobrecarregando o Poder Judiciário³³³.

Nesse momento inicia-se um súbito interesse da população e dos estudiosos nos mecanismos alternativos de resolução de controvérsia (dentre os quais a mediação), que começam a ganhar força e relevância com o denominado “ADR Movement”,³³⁴ iniciado com a realização da *Pound Conference* em 1976³³⁵. Nessa oportunidade, diversos juristas e professores se manifestaram acerca da insatisfação com o sistema de justiça, destacando os custos do processo, o tempo excessivo para a resolução dos conflitos e o abarrotamento do sistema³³⁶.

Enquanto o professor FRANK SANDER descreveu uma diferente visão do sistema de justiça pela qual as cortes possuem múltiplas portas, algumas direcionando à solução estatal da controvérsia, outras direcionadas aos mecanismos alternativos de solução de conflitos³³⁷, outros partidários da mediação já adiantavam que a adoção desse mecanismo

³³¹- MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p.273.

³³²- Analisando a criação e a competência dos centros comunitários, confira-se ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 9-10.

³³³- FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p.5.

³³⁴- “*But mediation’s prominence and expanded use emerged in the United States in the late 1960’s as part of the ‘movement’ known as ‘Alternative Dispute Resolution’ (ADR). ADR proponents endorsed using dispute resolution processes that were ‘alternatives’ to traditional trials and their accompanying litigation processes. They encouraged parties, courts, government agencies, and private sector business to use negotiation, mediation, arbitration, elections, summary jury trials and early neutral evaluations processes to address controversies for which the traditional trial processes appeared ill suited. Mediations became the ‘darling child’ of this movement in large measure because it reserves to the parties the ultimate authority to ‘settle’ the matter*” (ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 2)

³³⁵- “*The current ADR movement is most often regarded as beginning with the Pound Conference in 1976. [...] The Pound Conference was called to commemorate the 70th anniversary of Dean Roscoe Pound’s dissertations on the public’s dissatisfaction with the American Legal system. It was at this Conference that the current ‘movement’ was actually born*” (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3^a ed., Thomson West, p. 31-32).

³³⁶- “*At the 1976 Pound Conference, leading jurists and lawyers expressed concern about increased expense and delay for parties in a crowded justice system*” (GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5^a ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 7).

³³⁷ - SANDER, Frank E. A., *Varieties of dispute processing*. v. 70, p. 111-134, 1976.

resultaria em resultados mais próximos e ajustados para as partes, reduziria a desconfiança dos jurisdicionados nas leis e nos advogados, impactando os relacionamentos prolongados³³⁸.

É na década de 80 que a mediação, nos Estados Unidos, passa de um caráter eminentemente experimental para aspectos concretos, que envolvem a estabilização de novos programas e a expansão da abrangência da prática mediativa; a criação de políticas em favor da prática da mediação; e o desenvolvimento de profissionais especializados na prática da mediação. Já na década de 90, destaca-se a integração da prática da mediação a nível nacional, a efetiva institucionalização da mediação (principalmente no âmbito do Judiciário), bem como a possibilidade do uso da mediação no chamado cyber-espço³³⁹.

O crescimento da utilização da mediação nos Estados Unidos da América e o desenvolvimento de seus institutos fundamentais serviram como base para o emprego dessa técnica na Europa, na América Latina, em algumas nações africanas e do Oriente. Nesse ponto, diversos estudiosos norte-americanos do campo da mediação foram utilizados como consultores de reformas legislativas nos mais diversos países do globo, razão pela qual a análise das origens do instituto, bem como os estudos norte-americanos sobre esse tema, são de grande importância para as pesquisas realizadas no resto do mundo³⁴⁰.

Destaca-se, ademais, que no restante do globo, em especial na Europa e na América Latina, além do impacto causado pelo *ADR Movement* que se iniciou nos Estados Unidos, houve grande influência da então denominada terceira onda renovatória proposta por CAPPELLETTI e GARTH, indicando um novo enfoque de acesso à justiça que seria alcançado por diversas tendências, dentre as quais a ampliação da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos. Apesar disso, CAPPELLETTI afirma que é justamente nos Estados Unidos da América em que se alcançaram os resultados e desenvolvimentos mais relevantes em relação a esses mecanismos³⁴¹.

³³⁸- GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 7.

³³⁹- ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 11-32.

³⁴⁰- “Many U.S. scholars, mediation trainers, and court administrative experts have served as consultants to court-reform and democracy-building groups in these nations, and throughout the 1990’s the presence of United States mediations practitioners and scholars dominated presentations at national and international professional meetings” (ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 2).

³⁴¹- “Por impressionantes que possam ser os registros noutros países, é nos Estados Unidos que ADR se tornou o núcleo dos desenvolvimentos mais sensacionais. O atual diretor da American Bar Foundation, Professor Bryant Garth, agudamente observou que, diversamente de quanto ocorre em alguns países europeus, o acesso à justiça não é visto ali como um direito social, mas antes como um problema social, do qual uma

5.2. A evolução da prática da mediação no Brasil

As ideologias e os fundamentos desses dois movimentos – tanto o *ADR Movement* norte-americano³⁴², como a denominada terceira onda renovatória proposta por CAPPELLETTI e GARTH – espalharam-se pela prática de diversos países, levando-os a retomar a tradição jurídica em que a solução dos litígios se dava pelos particulares sem vinculação com o Estado³⁴³. Dessa forma, a prática da mediação teve um grande crescimento nas últimas décadas, impulsionada pela sua efetividade na solução de determinados tipos de conflitos³⁴⁴.

A prática da mediação no Brasil, inegavelmente influenciada pelas ideias oriundas do *ADR Movement* norte-americano³⁴⁵ - e tal como ocorreu naquele país –, teve como início de desenvolvimento e disciplina legislativa a esfera trabalhista ao final da década de 80 e início da década de 90, ramo em que é possível se constatar maior utilização de técnicas de negociação e conciliação de conflitos³⁴⁶, razão pela qual diversos diplomas legislativos trabalhistas fazem referência à mediação para resolução de conflitos trabalhistas.³⁴⁷

solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios. ADR adquiriu tamanha importância nos Estados Unidos que passou a ser objeto de cursos básicos em Faculdades de Direito”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça*. Revista de Arbitragem e mediação, vol. 41, 2014, p. 405)

³⁴²- “*This explosion of mediation’s use in the United States has served as the basis for recent analysis and adaptation by persons in Western Europe, Central and Eastern Europe, Latin America, selected African nations, and the Far East who are interested in studying and implementing democratically-based dispute resolution processes in their countries*” (ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 2).

³⁴³- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.146-147.

³⁴⁴- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 21.

³⁴⁵- “A experiência brasileira sofreu inegável influência do movimento norte-americano: técnicas inerentes à mediação comercial e ao desenho de sistemas de disputas já chegaram ao Brasil, que vem habilmente delineando seus primeiros passos para a ‘tropicalização de conceitos, princípios e proposições da teoria estrangeira’” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 251)

³⁴⁶- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 254.

³⁴⁷- “Na lei n. 7.783/1989, o art. 3º trata do direito de greve, afirmando que, após ‘frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho’. A mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista possui regras no Decreto n. 1.572, de 28.07.1995; este, no art. 2, prevê que, frustrada a negociação direta entre as partes na data-base, estas poderão escolher um mediador de comum acordo para a solução do conflito. A lei n. 10.192/2001 dispõe, no art. 11, sobre a realização de negociações prévias antes do ajuizamento da ação de dissídio coletivo; em tal regramento, também se prevê a possível atuação de um mediador para facilitar a comunicação entre as partes. A lei n, 10.101/200, no art. 4, ao dispor sobre impasses na participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, indica a utilização dos mecanismos de mediação e arbitragem para solução do litígio. Finalmente, a lei n. 9.958, de 12.01.2000, instituiu as já mencionadas comissões de conciliação prévia para o tratamento das controvérsias trabalhistas” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 254-255).

Apesar dessas esparsas referências legislativas, a sensibilização sobre a pertinência da mediação como forma de resolução de conflitos, não apenas na seara trabalhista, começou a ganhar força através da contribuição doutrinária³⁴⁸, influenciada na década de 90 quando diversos estudiosos da mediação visitavam o país para dissertar sobre o tema.³⁴⁹ Note-se, pois, mais uma semelhança com a trajetória da mediação no Brasil e nos Estados Unidos, visto que naquele país a mediação também ganhou força e relevância a partir das contribuições doutrinárias realizadas em prol do *ADR Movement*, iniciado pela Pound Conference.

Também traçando um paralelo com o desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos na década de 1980 (momento em que novos programas de mediação eram inseridos, expandindo a prática mediativa, e foram criadas políticas em favor da mediação), no Brasil a mediação passou a ser gradualmente realizada através de programas de acesso à justiça desenvolvidos por Tribunais de Justiça estaduais e por organizações não governamentais, gerando uma aproximação do instituto com a sociedade e permitindo o reconhecimento de sua eficácia.

Também algumas cidades brasileiras passaram a adotar a mediação como forma de resolução de conflitos, através de iniciativas de magistrados locais (como exemplo as cidades de Londrina e de Curitiba, no Estado do Paraná; e São Caetano do Sul e Jundiaí, no Estado de São Paulo)³⁵⁰.

Ainda mantendo certo paralelismo com o desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos (que vivenciaram a institucionalização da mediação no decorrer da década de 90), as esparsas práticas brasileiras de mediação levaram a um movimento com o

³⁴⁸- “A mediação chega ao Brasil por duas vertentes: em São Paulo veio o modelo francês em 1989. Pela Argentina, chegou ao Sul do país o modelo dos Estados Unidos, no início da década de 1990” (BARBOSA, Aguida Arruda. *Composição da historiografia da mediação: instrumento para o direito de família contemporâneo*. Revista Direitos Culturais, v. 2, n. 3, dez. 2007, p. 19).

³⁴⁹- “Importante enfatizar que como um instituto não nacional, ela deu seus primeiros passos na década de 90, quando especialistas estrangeiros em seu maior número, americanos e argentinos, faziam frequentes visitas ao Brasil para ministrar palestras ou cursos de mediação em distintas partes do território brasileiro. Nestes eventos os especialistas apresentavam o trabalho que vinham desenvolvendo em seus países, deixando a plateia cada vez mais entusiasmada com o tema” (BRAGA NETO, Adolfo. *Marco legal da mediação – Lei 13.140/2015 – comentários iniciais à luz da prática brasileira*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 47/2015, out-dez/2015, p. 259-275).

³⁵⁰- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008, p. 255-256.

objetivo de institucionalizar e positivar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de disciplinar de forma minuciosa e exaustiva esse mecanismo de resolução de conflitos³⁵¹.

Esse movimento influenciou a elaboração da Resolução n. 125 do CNJ, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos pelo Poder Judiciário, assegurando a prática da mediação e da conciliação no território nacional, criando uma disciplina mínima e uniforme para viabilizar a prática dos meios consensuais no Poder Judiciário³⁵².

Após o trâmite de diversos projetos que tinham como objeto a regulamentação da mediação,³⁵³ com o advento quase que sucessivo do Código de Processo Civil de 2015 e da lei federal n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), a mediação foi finalmente institucionalizada e pormenorizadamente disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de resolução de conflitos³⁵⁴.

É esse o cenário atual da mediação no Brasil.

5.3. As premissas fundamentais e o conceito de mediação

Inicialmente, é importante destacar que não há um conceito único adotado para a mediação, tampouco há consenso a respeito de suas principais características,

³⁵¹- “Dessa forma, embora esse mecanismo de solução de conflitos já venha sendo amplamente utilizado tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, a institucionalização legal da mediação deve ser priorizada e concretizada, garantindo que a disseminação ocorra de forma correta e que a sua prática ganhe legitimidade social, fazendo do Brasil mais uma referência mundial no estudo do tema” (HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (org.), *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 5).

³⁵²- “Essas iniciativas culminaram com a Resolução n. 125 do CNJ, de 29.11.2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário, como forma de assegurar a conciliação e a mediação em todo o país” (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 193).

³⁵³- Para uma análise esmiuçada do histórico dos projetos que tinham como objeto a institucionalização da mediação, confira PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O histórico da lei de mediação brasileira: do projeto de lei 94 à lei 13.140/2015*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46/2015, jul-set/2015, p. 123-139.

³⁵⁴- “Em 2015 o cenário finalmente mudou: com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015) a mediação passou a ser reconhecida expressamente no cenário jurídico. Enquanto o Código de Processo Civil não trazia qualquer menção a ela, o Novo CPC passou a se referir à mediação em diversas passagens, somando 39 ocorrências esparsas ao longo da legislação. Como se não bastasse tal advento, poucos meses depois finalmente foi promulgada a Lei de Mediação (Lei n. 13.140, de 26/06/2015)” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008, p. 253-254).

objetivos e finalidades. Aliás, a discussão acerca da definição da mediação ainda gera diversas controvérsias no âmbito dos mecanismos adequados de resolução de conflitos³⁵⁵.

Essa ausência de consenso a respeito da mediação demonstra a diversidade de pensamento dentro desse campo de resolução de conflitos, em especial decorrente das diferenças ideológicas e dos objetivos primordiais da mediação³⁵⁶. Nesse ponto, pode-se destacar que a importância dada à celebração do acordo tem influência direta nas diferentes posições adotadas pela doutrina e pelos praticantes da mediação³⁵⁷. A diferença de posturas em relação à mediação acaba por gerar um debate nesse campo a respeito de como deve ser praticada a mediação, e dos diferentes objetivos que devem ser almejados com a utilização desse mecanismo de solução de conflitos.

FOLBERG et al, identificam a existência de ao menos três correntes no campo da mediação: aquela que defende o foco da mediação apenas na obtenção do acordo, sob uma perspectiva de reduzir os custos para as partes; outra que entende a utilização da mediação com o fim de resolver os problemas e reparar o relacionamento existente entre as partes; por fim, a corrente que defende a tese de que a mediação tem como escopo a mudança das atitudes dos participantes³⁵⁸.

Sintetizando a existência dessas diferentes visões acerca da mediação e constatando que elas são decorrentes das diferentes visões sobre os objetivos primordiais para a adoção desse mecanismo de solução de disputas, confira-se o entendimento de BUSH e FOLGER:

³⁵⁵- *“At first glance, the definition of mediation appears simple. Yet over the last several years, especially within the ADR field, few items spark more controversy than the definition of mediation. [...] “A variety of definitions for the term mediation exist. [...] Many other definitions of mediation are subject matter specific and often dictate diverse approaches. Since the mediation process deals with human behavior and motivation, it must also be adaptable to individual differences”* (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 23).

³⁵⁶- *“Não há uma definição única de mediação nem um consenso quanto a suas características e seus objetivos. Isso reflete a diversidade de pensamento e perspectivas, e as Escolas de mediação demonstram estas diferenças, inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e também prescritivo de como a mediação deve ser realizada”* (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 50).

³⁵⁷- *“The varying levels of priority to settlement and other goals for mediation underlie disagreements about appropriate mediator approaches and techniques”* (GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 108).

³⁵⁸- *“There is an ongoing debate within the field about what mediation should be. To some degree, this results from the different goals that participants have for the process: Some focus only on settlement and seek to obtain the best possible monetary terms. Others seek to solve a problem or repair a relationship. Still other participants use mediation to change people’s attitudes”* (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 223).

“Ainda assim há uma extraordinária divergência de opiniões sobre como entender o crescimento do campo da mediação e como caracterizá-la. Essa divergência é tão marcante que não há consenso de como o campo da mediação se desenvolveu ou sobre o que ele representa. Em vez disso, a literatura da matéria revela diversas percepções ou histórias muito diferentes, defendidas por diferentes autores e colocando em relevância diferentes aspectos do processo de mediação, bem como seus benefícios privados e públicos. Dessa forma a mediação é retratada por alguns como uma ferramenta para diminuir o congestionamento das cortes e conceber uma justiça de melhor qualidade em casos individuais, por outros como um veículo para organizar as pessoas e as comunidades em busca de um tratamento mais igualitário, e ainda por outros como uma ferramenta de controle social e de opressão. E alguns (incluindo nós) vemos a mediação como uma forma de promover uma transformação qualitativa na interação humana”³⁵⁹

Ainda que se considere a existência de correntes e perspectivas distintas a respeito da mediação, é possível se estabelecer alguns elementos que configuram o núcleo básico desse mecanismo de resolução de controvérsias, que é comum às diferentes visões acerca da mediação.

Como aspecto fundamental, a mediação é mecanismo autocompositivo de resolução de controvérsias³⁶⁰, pois eventual solução ao conflito será encontrada por decisão consensual das partes envolvidas, não havendo a imposição de uma solução adjudicada por um terceiro³⁶¹. Embora seja método autocompositivo de solução de controvérsias, há a interferência de um terceiro imparcial sem poder decisório, permanecendo o protagonismo e eventual decisão a respeito do conflito com as partes – diferentemente de outros mecanismos autocompositivos³⁶².

³⁵⁹ - BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation*, San Francisco, Jossey Bass, 2005, p. 8-9, tradução livre)

³⁶⁰ - “Os métodos não adversários são a negociação (assistida, ou não), a mediação e a conciliação, que se caracterizam pelo trabalho cooperativo entre as partes, uma decisão tomada pelas partes, em que todos se beneficiam e que leva em conta os interesses das partes e a possibilidade de resolução do conflito por elas mesmas. Nesta hipótese salienta-se o aspecto da responsabilidade das partes, que passam a ser, elas mesmas, os protagonistas responsáveis pela solução encontrada para o problema, o que certamente as levará a ter maior consciência quanto à necessidade de cumprimento de eventual acordo obtido” (DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo revolução na prestação jurisdicional* São Paulo, Atlas, 2008. , p. 50).

³⁶¹ - Sobre a classificação dos mecanismos de solução de conflitos, confira-se CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.

³⁶² - “Mediation is an alternative to violence, self-help, or litigation that differs from the processes of counseling, negotiation, and arbitration. It can be defined as the process by which the participants, together, with the assistance of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives, and reach a consensual settlement that will accommodate their needs. Mediation is a process that emphasizes the participants’ own responsibility for making decisions that affect their lives” (FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, USA, 1984, p. 7).

Esse protagonismo das partes em que se baseia a mediação também pode ser reconhecido como autodeterminação das partes, consistindo em pedra fundamental da mediação, pelo qual as partes mantem o controle sobre a participação no processo de mediação, participam ativamente dele e nos resultados obtidos³⁶³.

Nesse ponto, é importante lembrar a distinção feita entre o conflito jurídico e o conflito sociológico, pois muitas vezes o conflito submetido à decisão adjudicada por terceiros não representa a totalidade ou a real dimensão do conflito existente entre as partes, que muitas vezes sentem que não tiveram a oportunidade de se expressarem e de serem ouvidas pelo terceiro.

Na mediação, entretanto, é premissa fundamental que os mediadores promovam o empoderamento das partes e realcem o sentimento de auto-determinação, concedendo às partes espaço e tempo para que contem a sua história, seus sentimentos, sua visão e também sejam atentamente ouvidas pelo mediador e pela parte contrária³⁶⁴.

A mediação permite que a parte decida os rumos da controvérsia e protagonize mudanças no conflito, o que inclui desde a opção pela adoção do método compositivo até a responsabilidade pelos resultados do processo, ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem do conflito e valorizar sua percepção e seu senso de justiça³⁶⁵.

Em virtude do protagonismo das partes na mediação mostra-se essencial a sua efetiva participação no processo³⁶⁶, devendo apresentarem plenas condições de decisão sobre o conflito existente, pautando-se pela colaboração e pela boa-fé em busca do consenso³⁶⁷.

Tendo em vista que o processo deve ser estabelecido pelas partes, que são responsáveis também pelos resultados obtidos, e que a comunicação entre elas é

³⁶³- "A central value of mediation is self-determination by the parties. Self-determination in this context means that parties retain control over both their participation in the process of dispute resolution and the outcome of their dispute" (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 270).

³⁶⁴- MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 270.

³⁶⁵ - TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 188.

³⁶⁶- "It is important to remember that it is the parties who own the dispute. It does not belong to the attorneys and certainly not to the mediator. As a consequence, it is essential that the parties participate in the process. Much of the philosophical basis of mediation stems from the concepts of party self-determination and empowerment. Even in the event of active representation, the party to the dispute must be given an opportunity to speak and be heard. For many parties, this is a primary goal of the process" (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 152-153).

³⁶⁷- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 111.

absolutamente fundamental no processo de mediação, entende-se que a voluntariedade também é premissa fundamental da mediação.

Note-se que a comunicação, naturalmente, só pode ser realizada e eventualmente reestabelecida se houver a concordância expressa das partes, que devem escolher o caminho da auto-composição e tornarem-se os protagonistas da prática mediativa.

Visto que o consenso é essencial para que as partes possam reestabelecer a comunicação produtiva, mostra-se uma incompatibilidade com o instituto da mediação qualquer imposição por parte de terceiros, dentre eles o próprio Estado³⁶⁸. E, ainda que as partes sejam levadas à mediação por imposição estatal (em casos de mediação obrigatória, experiência vivenciada por alguns países, tais como a Argentina, os Estados Unidos e o Canadá), destaca-se que os participantes podem abandoná-la a qualquer tempo, ficando essa obrigatoriedade restrita à participação inicial. Por isso, entende-se que a voluntariedade é premissa fundamental da mediação³⁶⁹.

Outra premissa fundamental da mediação é a exigência de imparcialidade do mediador e da isonomia das partes. A imparcialidade representa a ausência de interesses no conflito e a equidistância do terceiro em relação às partes, e representa um fator essencial à credibilidade do processo a viabilizar o estabelecimento do diálogo entre as partes³⁷⁰. Essa imparcialidade é decorrência, também, da auto-determinação das partes, pois o poder decisório é emanado exclusivamente delas³⁷¹, cabendo ao mediador estimular a participação colaborativa dos indivíduos e não lhes impor qualquer tipo de decisão.

³⁶⁸- PANTOJA, Fernanda Medina. In: *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 196.

³⁶⁹- “*Mediation is an extension or elaboration of the negotiation process that involves the intervention of an acceptable third party who has limited (or no) authoritative decision making power. This person assists the principal parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute. As with negotiation, mediation leaves the decision-making power primarily in the hands of the people in conflict. Mediation is a voluntary process in that the participants must be willing to accept the assistance of the intervention if he or she is to help them manage or resolve their differences*” (MOORE, Cristopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª ed., San Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 22).

³⁷⁰- “Ou seja, além de um princípio marcadamente ético, a imparcialidade atua também como princípio técnico na condução do procedimento, que determina a necessidade de o terceiro agir para garanti-la na prática – proporcionando oportunidades iguais de manifestação às partes (seja em sessões conjuntas ou privadas) e tratando-as de forma isonômica, sem aconselhar nem favorecer uma em detrimento da outra, e sem gerir de maneira desigual as suas eventuais sugestões e propostas” (HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 56).

³⁷¹- “*Neutrality is a central concept of mediation. As an intervenor in a dispute, the mediator is often referred to as the third party neutral, as are many of the other ADR providers. In other ADR processes, such as arbitration and case evaluation, it is expected that the neutral will develop an opinion of the case during the*

Ademais, a mediação deve proporcionar igualdade de oportunidades aos envolvidos para que eles tenham plenas condições de se manifestar e de serem ouvidos durante todo o procedimento³⁷², cabendo ao mediador o emprego de estratégias e técnicas para colocar as partes em igualdade de condições³⁷³.

O papel do mediador, portanto, é o de um facilitador, que ajuda as partes a reestabelecer o diálogo para que possam voltar a protagonizar a condução da relação social de forma não competitiva³⁷⁴. O mediador tem por objetivo conduzir a mediação zelando pela qualidade do procedimento, fazendo com que os indivíduos conversem, se escutem e compreendam os interesses e necessidades de cada um, cabendo às partes lidar com o conflito existente da maneira que lhes for conveniente.

A confidencialidade também representa aspecto importante da mediação, à medida em que viabiliza às partes compartilharem suas opiniões e seus sentimentos sem se preocuparem com a publicidade dessas informações, o que permite sejam apresentados os reais interesses das partes e suas percepções mais profundas³⁷⁵.

A auto-determinação das partes, a autonomia da vontade, o aspecto de colaboração e de boa-fé, a voluntariedade, a imparcialidade do mediador e a isonomia das partes são as notas fundamentais da mediação como mecanismo autocompositivo de resolução de controvérsias.³⁷⁶

process. In contrast, the mediator is expected to remain neutral throughout the mediation process: before, during and even after mediation session. In fact, statements such as 'neutrality is the sine qua non of mediation' and 'impartiality is key to the mediator's role' are common" (KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 211).

³⁷²- "Na mediação, a exigência da isonomia se traduz na impossibilidade de se conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, aos envolvidos. O acolhimento desse princípio significa que o mediador deve cuidar de prover iguais oportunidades de manifestação e escuta, além de condições equânimes para avaliação de eventuais ofertas de acordo" (HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.), *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 59).

³⁷³- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 212.

³⁷⁴- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008, p. 230.

³⁷⁵- Sobre os benefícios da confidencialidade em relação à mediação, confira-se: FREEDMAN, Lawrence R.; PRIGOFF, Michael L. *Confidentiality in mediation: the need for protection*. 2 Ohio St. J. Disp. Resol., 196, p. 37-38, 1986.

³⁷⁶- Para HALE, PINHO e CABRAL, "a mediação possui algumas características próprias, independentemente da escola ou da abordagem adotadas ou do escopo eleito. Sempre será guiada por terceiro imparcial sem poder decisório, capacitado com técnicas capazes de auxiliar os envolvidos no alcance do resultado desejado. A mediação é um método autoral, na medida em que a decisão cabe aos participantes, que mantém o protagonismo nas suas escolhas. Conquanto sejam levadas à mediação por imposição legal ou judicial, como ocorre nos países em que sua adoção é compulsória em certos casos, os participantes podem abandoná-la a qualquer tempo. A obrigatoriedade limita-se à participação inicial, normalmente na fase de pré-mediação. Dessa forma, a voluntariedade é um de seus traços essenciais" (HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla

Ressalta-se que essas premissas fundamentais da mediação foram institucionalizadas no direito brasileiro através da promulgação da lei federal n. 13.140/2015, ao estabelecer como princípios da mediação: (a) a imparcialidade do mediador; (b) a isonomia entre as partes; (c) a oralidade; (d) a informalidade; (e) a autonomia da vontade das partes; (f) a busca do consenso; (g) confidencialidade; e (h) a boa-fé.

Tomando como base os pontos fundamentais da mediação, ALFINI a define como “um procedimento para resolução de controvérsias. É um processo no qual um terceiro imparcial auxilia duas ou mais partes a identificarem pontos de interesse e a desenvolver propostas mutuamente aceitáveis para lidar com essas questões. Mediação é um processo que leva em consideração seriamente a filosofia democrática da tomada de decisões”³⁷⁷.

Também buscando focar nos elementos comuns às diferentes teorias de mediação, MENKEL-MEADOW destaca que:

“a mediação é um processo no qual um terceiro imparcial auxilia outros a lidarem de modo construtivo com a disputa, culminando eventualmente na resolução do conflito ou na delimitação do relacionamento entre as partes. O papel do mediador seria o de facilitar o diálogo entre as partes para viabilizar uma comunicação mais efetiva, encorajando a participação das partes para resolverem o conflito da maneira que as partes desejarem” (tradução livre)³⁷⁸.

Com base nas premissas e notas básicas que compõem a mediação, pode-se afirmar que a mediação consiste em mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos, pelo qual um terceiro imparcial auxilia as partes a lidarem, de maneira colaborativa, com a relação existente e o conflito estabelecido, eventualmente culminando na celebração de um acordo, através do reestabelecimento de canais produtivos de comunicação.

Com a mediação permite-se a discussão dos aspectos subjetivos existentes entre as partes na dinâmica de seu relacionamento, com vistas a auxiliá-las no atingimento de condições propícias para o reestabelecimento do diálogo e da negociação, levando-se em

Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 41).

³⁷⁷ - ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001, p. 1, tradução livre.

³⁷⁸ - MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 266.

consideração as emoções das partes em conflito, as dificuldades de comunicação, e a necessidade de equilíbrio e respeito entre os interlocutores³⁷⁹.

5.4. As diferentes perspectivas e os objetivos da mediação

Apesar da existência de aspectos comuns e premissas fundamentais, pode-se asseverar a existência de diversidade de pensamentos que acabam por refletir na prática mediativa, que são albergadas por diferentes escolas. A diferença de pensamentos e de postura em relação à mediação decorre, primordialmente, em virtude dos diferentes objetivos que cada escola visa a alcançar de maneira prioritária.

Aliás, BUSH e FOLGER conseguiram sistematizar a diferença de pensamentos em relação à mediação, asseverando a existência de quatro diferentes histórias (ou perspectivas). Seriam elas: a perspectiva de satisfação, a perspectiva da justiça social, a perspectiva opressora e a perspectiva transformativa³⁸⁰. Tratando-se de diferenças de perspectivas sobre a mediação, logicamente não se pode asseverar que uma delas seria correta e as demais não³⁸¹.

Segundo a perspectiva satisfativa, a mediação seria uma ferramenta para satisfazer as necessidades humanas e reduzir o sofrimento das partes decorrentes da existência de um conflito. Em virtude das características da mediação (um processo flexível, no qual o mediador pode balancear o poder das partes através de ferramentas práticas), ela pode facilitar a solução cooperativa do problema apresentado, afastando-se da solução adjudicada.

Ademais, a mediação tem o condão de produzir resultados criativos de “ganha-ganha”, nos quais ambas as partes saem satisfeitas sobre os resultados obtidos e que podem solucionar o problema apresentado. Desse modo, o principal fundamento dessa

³⁷⁹- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 110-111.

³⁸⁰- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 8-9.

³⁸¹- “Não se pode falar em modelo único, e muito menos em modelo certo ou errado, havendo várias divergências entre os estudiosos do tema sobre as principais características da mediação. Os diversos aspectos envolvidos no desenvolvimento da mediação e as diferentes escolas que surgiram apresentam características especiais e complementares umas às outras”. (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 112).

perspectiva seria o de que o processo mediativo tem o condão de produzir resultados superiores àqueles que seriam obtidos pela via adjudicada.

Além disso, as características de informalidade e de auto-determinação das partes teriam o condão de reduzir tanto os custos econômicos da litigância quando os custos emocionais que são produzidos em virtude do conflito. A adoção da mediação ainda resultaria em economia de dinheiro público, pois retiraria do Poder Judiciário diversas disputas, facilitando o acesso às cortes. Ou seja, o uso da mediação levaria à redução de custos tanto para as partes quanto para o Estado, o que representaria, portanto, uma satisfação dos jurisdicionados em relação ao sistema de justiça.

Em resumo, a perspectiva satisfativa considera a mediação como uma ferramenta para satisfazer os interesses das partes (redução de custos econômicos e sociais causados pela prolongação do conflito), e também para reduzir os custos públicos decorrentes da diminuição de casos apresentados ao Poder Judiciário, além de proporcionar mais qualidade à solução dada aos casos individuais. Por isso, tanto as partes quanto o Estado acabam por sair satisfeitos com a ampla adoção da mediação.

Para a perspectiva da justiça social, a mediação é importante veículo que oferece condições para organizar indivíduos em torno de interesses comuns e, a partir disso, construir laços comunitários mais fortes, evitando-se qualquer tipo de exploração desses indivíduos. A mediação, nesse ponto, teria condições de mostrar aos indivíduos em conflito que eles possuem grande quantidade de coisas em comum e inclusive podem estar diante de um mesmo inimigo, o que estreitaria os laços dos cidadãos em conflito dentro de uma comunidade.

Além disso, a mediação auxiliaria na formação de estruturas comunitárias fortes, facilitando a organização de indivíduos desfavorecidos em grupos comunitários que possuem o mesmo interesse. Como resultado, esses objetivos comuns seriam mais facilmente alcançados pelos indivíduos organizados, assegurando a justiça social daqueles mais desfavorecidos e os auxiliando a participar da vida cívica. Ou seja, a mediação é tratada como ferramenta para que as partes e comunidades se organizem em torno de interesses comuns e obtenham um tratamento socialmente mais justo.³⁸²

³⁸²- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 50.

Já a chamada *perspectiva opressora*, segundo FOLGER e BUSH, não traduz quaisquer aspectos positivos da mediação; em verdade, ela aborda apenas os efeitos negativos que a adoção da mediação como mecanismo alternativo de resolução de conflitos pode causar.

Para aqueles que adotam essa perspectiva (em especial, RICHARD ABEL e OWEN FISS³⁸³), a mediação teria se tornado um instrumento para aumentar o poder do Estado sobre o indivíduo e o poder dos mais fortes sobre os mais fracos. Isso porque, em razão de sua informalidade e consensualidade, ela pode ser usada pelo próprio Estado para intervir em conflitos que, inicialmente, deveriam ser resolvidos sem a presença de órgãos de solução de conflitos. Além disso, argumenta-se que a utilização da mediação pode abrir espaço para a coerção e manipulação pela parte mais forte em relação ao mais fraco.³⁸⁴

Nesse ponto, segundo essa perspectiva, o aspecto de neutralidade e imparcialidade a ser obrigatoriamente adotado pelo mediador acabaria facilitando a parte mais forte a dominar a parte mais fraca na prática mediativa, cuja consequência seria a produção de resultados injustos, desproporcionais e injustificadamente favoráveis ao Estado e às partes mais fortes³⁸⁵. Além disso, a atividade do mediador em reestruturar a visão sobre o conflito e os interesses das partes também pode gerar resultados injustos para uma das partes³⁸⁶.

³⁸³- ABEL, Richard L. *The contradictions of informal justice, the politics of informal justice: the American experience*. 270-272, 1982; e FISS, Owen M. *Against settlement*. 93 Yale L.J., 1984.

³⁸⁴- “Because of informality and consensuality of the process, it can be used as an inexpensive and expedient adjunct to formal legal processes, seeming to increase access to justice but actually operating to extend the control of the state into previously private domains of social conduct. Once having entered those domains, and given its lack of both procedural and substantive rules, mediation enlarges the discretion and power of state-sponsored decision makers, and it can magnify power imbalances and open the door to coercion and manipulation by the stronger party” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 16).

³⁸⁵- “Meanwhile, the posture of ‘neutrality’ excuses the mediator from preventing this. As a result, mediation has often produced outcomes that are unjust – that is, disproportionately and unjustifiably favorable to the state and to stronger parties. As a result, in comparison with formal legal processes, mediation has often produced outcomes that are unjust – that is, disproportionately and unjustifiably favorable to the state and to stronger parties” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 16).

³⁸⁶- “Moreover, because of its privacy and informality, mediation gives mediators broad strategic power to control the discussion, giving free rein to mediators’ biases. These biases can affect the framing and selection of issues, consideration and ranking of settlement options, and many other elements that influence outcomes. Again, as a result, mediation has often produced unjust outcomes” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 16).

Ou seja, segundo a perspectiva opressora, a mediação seria vista como uma ferramenta para controle e opressão social.³⁸⁷

Por fim, para a perspectiva transformativa, a razão primordial da mediação é sua capacidade de transformar as interações do conflito, para que as partes envolvidas possam sair mais fortes através da experiência conflituosa. Além disso, em razão do caráter de informalidade da mediação, às partes cabe a definição do problema e dos próprios objetivos, representando fielmente a importância desses aspectos para as próprias partes.

A mediação também auxilia as partes a exercer a auto-determinação, pois cabe somente às partes a decisão sobre se, como e quando podem resolver o conflito submetido à mediação, o que gera um sentimento de empoderamento aos participantes³⁸⁸. Ademais, a mediação ainda tem o condão de possibilitar aos participantes que expliquem suas posições através do diálogo produtivo, o que auxilia na humanização do adversário e no entendimento do indivíduo acerca dos problemas enfrentados pela parte contrária, gerando o sentimento denominado reconhecimento³⁸⁹.

Para essa perspectiva transformativa, ao se dar maior relevância à geração dos sentimentos de empoderamento e reconhecimento, haveria uma transformação do conflito, que passaria de uma força negativa e destrutiva a uma interação positiva e construtiva, auxiliando as partes a interagirem de modo mais confiante (empoderamento) e mais acolhedor em relação aos demais indivíduos (reconhecimento), o que auxiliaria a transformação de toda a sociedade³⁹⁰.

³⁸⁷- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 50.

³⁸⁸- “Further, mediation can support the parties’ exercise of self-determination in deciding how, or even whether, to settle a dispute, and it can help the parties mobilize their own resources to address problems and achieve their goals. The mediation field has (at least to some extent) employed these aspects of the process to help disputing parties activate their inherent capacity for deliberation and decision making in adverse circumstances. Participants in mediation have, as a result, gained a greater sense of strength of self, including self-respect, self-reliance, and self-confidence. This has been called the empowerment dimension of the mediation process” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 13).

³⁸⁹- “In addition, the private, nonjudgmental character of mediation can provide disputants a nonthreatening opportunity to explain and humanize themselves to one another. In this setting, and with mediators who are skilled at enhancing interpersonal communication, parties often discover that they can feel and express some degree of understanding and concern for one another despite their disagreement. The field has (again, to some extent) used this dimension of the process to help individuals activate their inherent capacity for understanding the problems of others. Mediation has thus engendered, even between parties who start out as fierce adversaries, acknowledgment and concern for each other as fellow human beings. This has been called the recognition dimension of the mediation process” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 13-14).

³⁹⁰- “Although empowerment and recognition have been given only partial attention in the mediation field thus far, a consistent and wider emphasis on these dimensions would contribute to the transformation of conflict

Em síntese, a perspectiva transformativa entende a mediação como ferramenta para transformar qualitativamente a interação e o conflito existente entre as partes³⁹¹.

A análise dessas diferentes perspectivas revela que cada uma delas diverge em relação à descrição da mediação, ou seja, o que o campo da mediação já produziu e quais são suas características principal hoje em dia. Por outro lado, cada história também possui um lado prescritivo, ou seja, aquilo em que a mediação deve ter por foco a partir de hoje, e quais os objetivos principais a serem alcançados pela mediação.

A existência dessas diversas perspectivas demonstra que há diferentes modos de aplicar a mediação, com diferentes e variados impactos³⁹². Ou seja, embora existam premissas básicas e comuns à mediação, as diferentes perspectivas e modelos de mediação tem como aspecto diferencial principal a adoção de diferentes objetivos a serem primordialmente perseguidos. Em outros termos, segundo DEMARCHI, “*a ênfase na obtenção do acordo e os objetivos perseguidos na mediação permitem apontar diferenças específicas de estilos e técnicas*”³⁹³.

Para FOLBERG, Jay et al, há diferentes objetivos a serem alcançados pela mediação, cuja importância varia a partir da perspectiva das próprias partes, que condicionam a adoção de uma ou outra forma de mediação e de processo³⁹⁴.

interaction from a negative and destructive social force into a positive and constructive social force – helping individuals to interact with more confidence in themselves and empathy for each other, and helping to transform society as a whole from a truce between enemies into a network of allies” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P., *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 14).

³⁹¹- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 50.

³⁹²- “*Placing all four stories side by side reveals some important points. First-, it supports the view that the mediation field is diverse and pluralistic. Not all mediators follow the practices described by any one story of the process. Rather, there are different approaches to mediation practice, with different and varied impacts, and the different stories depict these different approaches. Therefore, at a factual level, none of the stories is ‘the true story’ of the field; rather, each is probably a valid account of the practices of some number of mediators working in the field today*” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P., *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 19).

³⁹³- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 111-112.

³⁹⁴- “*When you participate in mediation as an advocate, what will be your goals for the process? The answer may be simple – to settle a legal dispute. But the question is often more complex. Many disputes involve issues, interests, and potential solutions that go beyond the legal issues that lawyers typically consider or the remedies that the court can grant. When a dispute arises from an important relationship, for example, repairing the rupture could be more significant to a client than how the current controversy is resolved. (...) The goals that you pursue in mediation thus may change greatly from one situation to another, and these differences will in turn influence your choice of a neutral and structure process*” (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 237).

O primeiro objetivo da mediação seria o de resolver os conflitos com o menor dispêndio de recursos, tanto econômicos quanto emocionais para a parte,³⁹⁵ pois a prática mediativa tem o condão de resolver casos através da celebração de acordos de uma maneira satisfativa e eficiente.

Em comparação com os riscos inerentes aos meios heterocompositivos de solução de controvérsias (adjudicação ou arbitragem, por exemplo), a mediação oferece às partes a possibilidade de se chegar a uma conclusão e resolução aceitável para todas as partes envolvidas (uma vez que a solução é criada pelos próprios participantes), de maneira mais rápida e eficiente se comparada aos meios heterocompositivos.³⁹⁶ Além dos benefícios individuais, a mediação ainda teria como objetivo reduzir os custos e o número de processos no âmbito estatal de resolução de conflitos.³⁹⁷

O segundo objetivo da mediação seria o de desenvolver formas de resolução de conflitos e acordos baseados nos interesses das partes, e não nos termos financeiros³⁹⁸. A informalidade da mediação permite que se alcance soluções criativas para a solução do conflito, customizadas de acordo com os interesses das partes, de forma a maximizar os benefícios obtidos pelas partes pela solução do conflito e dar maior durabilidade ao consenso obtido³⁹⁹.

³⁹⁵- *“When litigator enter mediation, their goal is usually to settle a legal dispute. Most trial lawyers take a narrow approach to the process: they discuss only the legally relevant facts and issues and set as their goal to obtain the highest (for the plaintiff) or lowest (for the defendant) possible monetary payment”* (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 237).

³⁹⁶- MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 269.

³⁹⁷- *“Settlement benefits the court system. While there is no consensus among scholars or administrators regarding the ability of alternative dispute resolution processes to relieve court dockets, in offering a variety of methods to resolve disputes, courts can serve the various interests of disputing parties and may relieve court dockets as well”* (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 269).

³⁹⁸- *“As we have seen, parties to legal disputes often have interests that go far beyond money, and settlements that respond to these concerns can provide greater value to disputants than a purely monetary outcome”* (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 238).

³⁹⁹- *“Many proponents of mediation emphasize its ability to engage participants in a forward-looking exercise of developing options and optimal outcomes. [...] Custom tailored outcomes, develop to maximize benefits for all sides, can create more value for parties than the standardized remedies provided in adjudicative forms. Agreements can be finely calibrated to balance out equities arising from past (miss)conduct and thus be reparative from a justice perspective. At the same time, the outcome must be better than the litigant (or other) alternatives of each party, since either party can ‘veto’ the agreement. Such quality solutions will likely be perceived as a fairer by the parties. [...] Additionally, party-crafted agreements that are responsive to the interests parties articulate (as evidenced by the voluntary adoption of the agreement) are more durable than judgments that the ‘losing’ party may find unfair and attempt to avoid through using an appeals process or simply by making it difficult to collect the judgment”* (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 270-271).

O terceiro objetivo seria o de reparar o relacionamento existente entre as partes⁴⁰⁰, trazendo como consequência ainda uma maior coesão social dentro de uma comunidade⁴⁰¹. Aliás, a participação da comunidade na administração da justiça é vantajosa por ensejar maiores celeridade e aderência à realidade social, estimulando o senso de colaboração entre os indivíduos, a democracia e a cidadania⁴⁰².

Nesse ponto, AZEVEDO assevera que a preservação do relacionamento entre as partes é “*o que há de mais importante nesse instituto: a necessidade de manutenção de boas relações entre as partes mesmo depois de solucionada a controvérsia, em uma sociedade que caminha para a prevalência de uma economia em que a concorrência se manifesta cada vez mais presente*”⁴⁰³.

Por fim, o último objetivo identificado por FOLBERG et al seria o de auxiliar as partes a alterarem as suas próprias perspectivas acerca do conflito e da parte contrária, o que poderia levar à melhora do relacionamento⁴⁰⁴. Esse impacto na interação do conflito seria decorrente da atividade do mediador em promover o empoderamento e a auto-determinação dos participantes da mediação,⁴⁰⁵ o que alteraria a perspectiva negativa do conflito.

Aliás, todos esses objetivos mencionados pela doutrina norte-americana têm como aspecto comum uma característica inerente ao processo de mediação: a necessidade de ser restabelecida a comunicação produtiva entre as partes, permitindo que as

⁴⁰⁰- “Attorneys sometimes enter mediation not so much to obtain specific terms of settlement as to repair the parties’ relationship. When parties enter litigation they typically sever any prior connection between them, but many supporters of mediation believe, in the words of Professor Lon Fuller, that ‘mediation has as its primary goal the repair of the troubled relationship’” (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 239).

⁴⁰¹- “Many societies see conflict as a potential threat to the social fabric. (...) Any process such as mediation that allows parties to recognize each other’s perspectives and interests – even when these parties are strangers to each other – has a significant value in a world where strife and conflict threaten to tear families, communities, and nations apart. Society’s interest in promoting healing relationships is measured, in part, by the costs of disaffection evident in depression, crime, productivity loss, and ultimately, war” (MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 271).

⁴⁰²- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 221-222.

⁴⁰³- “Manual de mediação judicial, 4ª ed, Ministério da Justiça, 2013, p. 147.

⁴⁰⁴- “In a still-broader view, the purpose of the mediation process is not to obtain any specific outcome. Instead its focus is to assist parties to transform their perspectives on the dispute and each other, a change that may or may not lead to an improvement on in their relationship. Advocates of this perspective, known as transformative mediation, argue that the disputants should be allowed to take charge of the mediation process, with the mediator serving simply as a resource to facilitate their conversations” (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 239).

⁴⁰⁵- MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 270.

peças envolvidas no conflito possam voltar a dialogar de maneira eficiente, habilitando-se a discutir os elementos do conflito e eventualmente encontrar a solução para o impasse⁴⁰⁶.

Tendo em vista que as partes são as protagonistas do processo de mediação, cabe ao mediador, *prima di partire*, auxiliar as partes a restabelecer a comunicação⁴⁰⁷, evitando-se o acirramento do litígio e a possibilidade de que outros conflitos venham a surgir⁴⁰⁸.

Segundo PINTO, “o objetivo básico é que os envolvidos desenvolvam um novo modelo de inter-relação que os capacite a resolver ou discutir qualquer situação em que haja a possibilidade de conflito. É, pois, uma proposta educativa e de desenvolvimento de habilidades sociais no enfrentamento de situações adversas”⁴⁰⁹.

Esclarecidos os objetivos principais da mediação, lembre-se que as diferentes perspectivas de mediação divergem basicamente sobre a importância dos objetivos a se buscar através da prática mediativa. Naturalmente, a adoção de um ou de outra forma de mediação, que possuem diferentes objetivos, diferentes premissas e diferentes habilidades a serem exercidas pelo mediador acabam por impactar, de maneiras diferentes, o próprio conflito.

Ademais, cabe apenas às partes decidir o modelo de mediação a ser seguido, razão pela qual o papel fundamental do mediador é esclarecer aos participantes sobre os impactos, os objetivos e a forma de cada um desses modelos, permitindo aos

⁴⁰⁶- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 217.

⁴⁰⁷- “Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a estabelecer uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse. [...] Percebe-se, assim, que, antes de cogitar a extinção do conflito como objetivo primordial, deve o mediador contribuir para que deficiências de comunicação entre os sujeitos não impeça suas conversas. Afinal, a ideia é permitir que eles próprios possam superar o impasse, transformando o conflito em oportunidade de crescimento e viabilizando mudanças de atitudes” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 217).

⁴⁰⁸- “Uma das finalidades da mediação pode ser evitar o acirramento da potencial litigiosidade e, por meio do restabelecimento da comunicação entre os indivíduos, evitar que outros conflitos venham a se somar ao quadro contencioso. [...] Assim, desponta a mediação como ferramenta eficiente para que se evite a ocorrência do fenômeno da litigiosidade remanescente quanto à controvérsia abordada, assim como a litigiosidade sobre pontos controvertidos relativos a outros potenciais impasses naquela ou em outras relações jurídicas entre os envolvidos” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 220-221).

⁴⁰⁹- PINTO, Ana Célia Roland Guedes. *O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício de papéis*. Revista do Advogado, n. 62, p. 64-71, São Paulo, mar. 2001.

participantes, de acordo com os objetivos que perseguem na mediação, a escolha da forma que lhes convir⁴¹⁰.

Apesar disso, a institucionalização da mediação no Brasil, em especial decorrente da promulgação da lei federal n. 13.140/2015, adotou claramente o modelo de mediação da Escola de Harvard, cujo objetivo principal é a obtenção do acordo e a resolução do conflito⁴¹¹. A imposição de um tipo de técnica para tratar o conflito, por óbvio, acaba por violar um princípio básico da própria mediação, que é a auto-determinação, e pode inclusive gerar resultados potencialmente mais danosos às partes, impactando de maneira negativa no conflito, caso a obtenção do acordo não seja o objetivo principal dos participantes.

De toda forma, a seguir serão expostas as duas principais escolas de mediação (Escola de Harvard e Escola Transformativa), dando especial atenção aos impactos que as táticas por elas adotadas geram no conflito entre as partes.

5.5. As premissas da Escola de Harvard e a influência no conflito

O primeiro modelo de mediação a ser observado é o modelo de Harvard, que decorre da aplicação da negociação cooperativa por um terceiro⁴¹², que auxilia as partes a descobrirem seus reais interesses e busca a obtenção de soluções e acordos entre as partes. Para esse modelo, a mediação apenas facilita a negociação das partes, e o papel do mediador é assistir às partes a negociarem⁴¹³.

⁴¹⁰- “De todo modo, é certo que cabe às partes decidirem o modelo a seguir, e o papel do mediador é qualificar esta escolha ao informa-las e deixa-las conscientes sobre os objetivos, premissas e práticas de cada modelo. O mais importante é que as partes estejam de acordo com a forma de mediação a ser seguida” (GABBAY, Daniela Monteiro *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 51).

⁴¹¹- “A nova lei de mediação optou pela linha de Harvard e, consequentemente, a mediação é enxergada como meio de solução de conflito, tendo o acordo como seu maior fim. [...] o legislador deixou clara a sua escolha pelo escopo precípua de resolução de conflitos, embora não se devam perder de vista os objetivos de restauração do diálogo e de enfrentamento das causas originadoras do litígio” (HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 45-46).

⁴¹²- “*Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party. The mediator, in contrast to the arbitrator or judge, has no power to impose an outcome on disputing parties*” (GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 107).

⁴¹³- KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 3ª ed., Thomson West, p. 47.

Nesse modelo é fundamental que se observe corretamente as noções de posições e interesses, conforme delimitado por FISHER e URY,⁴¹⁴ possibilitando o estímulo, a soluções criativas e avaliação das propostas apresentadas pelas partes. O objetivo principal da mediação, segundo esse modelo, é encontrar uma solução satisfatória para o problema através da celebração de um acordo e, logicamente, a partir da colaboração das partes⁴¹⁵.

De acordo com RISKIN, trata-se de uma forma de abordagem não-adversarial, em que se procura revelar e compor os interesses das partes, em busca de resolver conjuntamente o problema, denominada *problem-solving*⁴¹⁶. Além dessa característica de *problem-solving*⁴¹⁷, o modelo é baseado nos interesses das partes, razão pela qual se diz ser *interested-based*⁴¹⁸, em contraponto às práticas que adotam o direito como premissa fundamental para a resolução da controvérsia (*right-based*)⁴¹⁹.

Segundo FISHER, URY e PATTON, a negociação facilitada/mediação possui quatro orientações centrais: (a) separar as pessoas do problema; (b) focalizar nos interesses em jogo, e não nas posições das partes; (c) inventar opções de ganhos mútuos para as partes; (d) insistir em critérios objetivos.⁴²⁰

⁴¹⁴- “Os interesses definem o problema. O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. [...] Tais desejos e preocupações constituem interesses. Os interesses motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. Sua posição é algo que você decidiu. Seus interesses são aquilo que fez com que você se decidisse dessa forma” (FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 59).

⁴¹⁵- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 112.

⁴¹⁶- RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators’ orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996, p. 13-14.

⁴¹⁷- “[...] para este modelo, la mediación es una extensión de la negociación colaborativa, siendo asistida por un tercero, y su enfoque teórico se conoce con la denominación *problem-solving* o ‘resolución conjunta de problemas’. Está orientado a obtener la satisfacción de los intereses y el mediador, a través de un proceso estructurado, controla la interacción conduciendo a las partes, quienes al efectuar los Pasos colaborativos podrán arribar a acuerdos mutuamente satisfactorios” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 128).

⁴¹⁸- “Focus on interests not positions. Your positions are what you want. Your interests are why you want them. Focusing on interests may uncover the existence of mutual or complementary interests that will make agreement possible. One interest that Fisher and Ury suggest is typically important to both negotiators is that of maintaining a good long-term relationship between them. This relationship is of much less concern to those who follow a competitive strategy and is often a casualty of such strategy” (GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 33).

⁴¹⁹- Nessa practice, “the mediator focuses on the legal rights of the parties” (GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 303).

⁴²⁰- FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, trad. VERA RIBEIRO e ANA LUIZA BORGES, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 15-94).

Até mesmo dentro do conceito de negociação facilitada surgiram diferentes enfoques para a prática da mediação⁴²¹. Buscando sistematizar essas diferentes perspectivas, no ano de 1996 RISKIN⁴²² desenvolveu uma categorização contendo duas variáveis: a primeira seria a amplitude do problema, que poderia ser caracterizado como restrito (discussão pontual da questão apresentada pelas partes) ou amplo (consideração de todos os aspectos envolvidos no conflito e na relação interpessoal existente entre as partes)⁴²³. Em relação a esse ponto deve-se interpretar a prática do mediador, se ele adota técnica para amplificar os problemas, ou se ele restringe os problemas a serem abordados na mediação⁴²⁴.

A segunda variável apresentada por RISKIN diz respeito ao papel desempenhado pelos mediadores, que pode ser avaliador ou facilitador. O mediador avaliador assume que os participantes desejam que o terceiro aponte algumas direções no momento em que as partes estão próximas de celebrar o acordo⁴²⁵.

Já o mediador facilitador assume que sua principal missão é melhorar a comunicação das partes, de modo a auxiliá-los a obter o melhor acordo possível, sendo desaconselhável a prática avaliadora porque põe em dúvidas o caráter de neutralidade do mediador⁴²⁶. O mediador facilitativo ajuda as partes a entenderem suas posições e a

⁴²¹- “Ainda dentro da perspectiva de solução de conflito (*problem-solving*) e da consideração da mediação como negociação auxiliada por uma terceira parte, o que traduz, em essência, o modelo de Harvard, as estratégias empregadas apresentam-se de diferentes formas, muitas delas divergentes” (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 113).

⁴²²- RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996.

⁴²³- RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*. Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996, p. 7-51.

⁴²⁴- “Mediators with a narrow focus assume that the parties have come to them for help in solving a technical problem. The parties have defined this problem in advance through the positions they have asserted in negotiations or pleadings. (...) A mediator who starts with a broad orientation, on the other hand, assumes that the parties can benefit if the mediation goes beyond the narrow issues that normally define legal disputes. Important interests often lie beneath the positions that the participants assert. Accordingly, the mediator should help the participants understand and fulfill those interests – at least if they wish to do so” (RISKIN, Leonard L. *Retiring and replacing the grid of mediator's orientations*, 21 Alt. to High Cost Litg. 69, 74, April 2003)..

⁴²⁵- “The evaluative mediator assumes that the participants want and need the mediator to provide some directions as to the approximate grounds for settlement – based on law, industry practice, or technology. She also assumes that the mediator is qualified to give such direction by virtue of her experience, training, and objectivity” (RISKIN, Leonard L.. *Retiring and replacing the grid of mediator's orientations*, 21 Alt. to High Cost Litg. 69, 74, April 2003).

⁴²⁶- “The facilitative mediator assumes the parties are intelligent, able to work with their counterparts, a capable of understanding their situation better than either the lawyers or the mediator. So the parties may develop better solutions than any that mediator might create. For these reasons, the facilitative mediator assumes that his principal mission is to enhance and clarify communications between the parties in order to help them to decide what to do” (RISKIN, Leonard L. *Retiring and replacing the grid of mediators orientations*, 21 Alt. to High Cost Litg. 69, 74, April 2003).

descobrirem seus reais interesses, estimulando-as a propor soluções criativas para a solução do conflito, sem que haja qualquer tipo de sugestão ou recomendações por parte do mediador, que tampouco expressa sua convicção pessoal sobre os resultados do caso⁴²⁷.

A classificação da mediação que tem origem nessas duas variáveis, segundo RISKIN, garantiria a possibilidade de uma comunicação razoavelmente clara às partes sobre os objetivos e impactos da mediação, auxiliando-as a escolher se devem, ou não, utilizar esse mecanismo de solução de conflitos⁴²⁸. Além disso, a adoção desse quadro permite que as partes entendam e decidam qual tipo de processo mediativo desejam que seja utilizado em seu conflito, bem como decidam o papel que o mediador deve tomar⁴²⁹.

As principais críticas em relação ao gráfico apresentado por RISKIN, que divide a mediação em facilitativa e avaliativa, estão compreendidas na oposição que se faz à mediação avaliativa. Essa oposição defende que, no momento em que o mediador indica caminhos, esclarece as partes e avalia acordos, há uma quebra na imparcialidade do mediador (pois qualquer opinião ou avaliação será favorável a uma das partes e desfavorável à outra⁴³⁰) e na auto-determinação das partes (pois altera a percepção do indivíduo acerca de suas próprias necessidades).

Além disso, a avaliação pelo mediador acaba por subverter toda a lógica da mediação, visto que as partes tentarão obter um pronunciamento favorável do mediador – tal como acontece na adjudicação⁴³¹. Segundo LEVIN, ao analisar os fundamentos contrários à mediação avaliativa, “a avaliação distancia a mediação de um processo de solução de problemas para uma briga adversarial”⁴³². Por essa razão, CARRIE MENKEL-MEADOW e LELA P. LOVE sustentam que o gráfico elaborado por RISKIN, ao buscar legitimar

⁴²⁷- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 114.

⁴²⁸- RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996, p. 38-40.

⁴²⁹- RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996, p. 38-40.

⁴³⁰- KOVACH, Kimberly K. ; LOVE, Lela P. *Evaluative mediation is an Oxymoron*, Alternatives to the High Cost of Litigation, 31, mar/1996.

⁴³¹- Esse também é o entendimento de LOVE, segundo a qual a partir do momento em que o mediador adquire um papel avaliativo, as partes ficam encorajadas a serem mais competitivas, afastando-se do caráter cooperativo em direção a um sistema adversarial, passando a direcionar suas atitudes para influenciar o mediador a conceder-lhe uma avaliação positiva (LOVE, Lela P. *The top ten reasons why mediators should not evaluate*, Florida State University Law Review, 24 (4), 1997, p. 937-940.

⁴³²- LEVIN, Murray S. *The propriety of evaluative mediation: concerns about the nature and quality of an evaluative opinion*, 16 Ohio St. J. on Disp. Resol., 267, 2001, 270-271.

a prática avaliativa, apresenta um risco para a própria mediação ao afastá-la de suas premissas fundamentais⁴³³.

De toda forma, seja através de técnicas avaliativas ou facilitativas, a Escola de Harvard adota como objetivo principal da mediação a obtenção do acordo pelas partes, justamente o que acaba por diferenciá-la dos outros modelos, para os quais a obtenção do acordo é uma consequência secundária e dispensável na prática da mediação.

Sendo o objetivo primordial da Escola de Harvard a obtenção do acordo, os principais impactos que esse modelo acaba por gerar no conflito são decorrentes das táticas adotadas pelo mediador para auxiliar as partes a chegarem na solução consensual do conflito, afastando os impedimentos vividos pelas partes e que impedem a celebração do acordo.

Segundo GOLDBERG et al., há diferentes causas que impedem a celebração do acordo, e para cada uma delas há diferentes tipos de abordagem que impactam no conflito a viabilizar às partes a celebração do acordo.

O primeiro obstáculo a ser superado para a obtenção do acordo e que irá impactar diretamente o conflito é o reestabelecimento de canais produtivos de comunicação. A comunicação improdutiva conduz ao efeito deletério de que as partes não acreditem umas nas outras, desconfiando das propostas de acordo apresentadas pela parte contrária. Nesse sentido, a mediação gera impactos positivos, ao controlar as comunicações entre as partes, parafraseando as colocações das partes, agindo como tradutor dessas colocações etc., encorajando a discussão sobre os fatores que levaram à disputa e como superá-los⁴³⁴.

O segundo aspecto que impediria alcançar o acordo seria a necessidade, não satisfeita, de as partes expressarem suas emoções. Isso porque não se é possível chegar a um acordo até que as partes tenham tido a oportunidade de expressarem suas visões acerca do conflito e sobre as atitudes tomadas pela parte contrária⁴³⁵.

⁴³³- KOVACH, Kimberly K.; LOVE, Lela P. *Mapping mediation: the risks of riskins's grid*, 3 Harv. Neg. L. Rev. 71, 1998.

⁴³⁴- "Mediation is of great value in such situations. By controlling communications between the parties – keeping them physically apart, if necessary, and acting as a kind of translator, the mediator can literally 'separate the people from the problem' (see Fisher, Ury and Patton, 1991). In addition, the mediator may encourage a discussion of the factors leading to the dispute, and to the parties' inability to resolve the dispute on their own. How to improve the relationship and thereby prevent future disputes, or at least to resolve them more easily, may also be considered" (SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994).

⁴³⁵- "People enter litigation expecting to have the opportunity to speak out, only to learn that the legal process does not usually provide any hearing on the merits, and that their emotions are relevant only to the extent that

Nesse sentido, a mediação deve permitir que as partes apresentem suas versões da história, providenciando uma atmosfera informal para que elas se sintam encorajadas a participarem desse processo⁴³⁶. Ao expressar as emoções, o conflito é impactado positivamente (a parte sente-se humanizada e com voz determinante para resolver a questão), o que possibilita às partes alcançarem um acordo. Afirma GOLANN que, para resolver o problema deve ser dada a oportunidade às partes de falarem e serem ouvidas, o que consiste em três elementos: “*Em primeiro lugar deve-se dar às partes alguns elementos do ‘dia na corte’. O segundo é proporcionar meios para que as partes falem sobre sentimentos pessoais. Em terceiro é auxiliar cada participante a escutar o que o outro tem a dizer*” (tradução livre)⁴³⁷.

O terceiro ponto que impede as partes de chegarem a um acordo corresponde às diferentes percepções em relação aos fatos já ocorridos. À medida em que as partes discordam sobre os fatos e a responsabilidade sobre as ações que deram origem ao conflito, muito dificilmente será possível se chegar ao acordo. Nesse ponto, o mediador tem o condão de impactar o conflito positivamente, ao persuadir as partes a deixarem de lado os fatos que deram origem à disputa, focando na possibilidade de alcançarem consensualmente a resolução da controvérsia⁴³⁸.

O quarto aspecto que deve ser modificado na relação existente entre as partes para que se possibilite a celebração do acordo são as diferentes perspectivas acerca da probabilidade de vitória, em um sistema adjudicativo, caso o acordo não seja alcançado. A percepção das partes sobre como o caso seria julgado em um sistema adjudicativo

they serve a strategic purpose. Until disputants feel adequately heard out, however, they are often unwilling to consider settling. Equally important, parties in legal conflicts frequently stop listening to each other except for the limited purpose of making their case. As a result, both sides often miss important data about the origin of the dispute and possibilities for settlement” (GOLANN, Dwight., AARON, Marjorie Corman. *Mediating legal disputes: effective strategies for lawyers and mediators*. Little, Brown, 1996).

⁴³⁶- “*At times, no settlement can be achieved until the parties have had the opportunity to express their views to each other about the dispute and each other’s conduct. [...] Mediation is clearly the preferred procedure when venting is necessary. By providing an informal atmosphere that encourages full participation by the disputants themselves, as well as by their lawyers, and by the presence of a neutral who can control the venting process, mediation can create a safe harbor for the parties to express their views fully*” (SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994).

⁴³⁷- GOLANN, Dwight., AARON, Marjorie Corman. *Mediating legal disputes: effective strategies for lawyers and mediators*. Little, Brown, 1996.

⁴³⁸- “*Did the defendant engage in the conduct that forms the basis of the plaintiff’s complaint? Whose version of the facts is the finder of fact likely to believe? The greater the parties’ disagreement on these matters, the more difficult settlement is likely to be. Frequently, a skilled mediator can persuade the parties to put aside their factual dispute at the same time agreeing on a mutually acceptable resolution of the dispute*” (SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994).

geralmente é levando em consideração pelos participantes para barganhar acordos melhores⁴³⁹.

O mediador deve agir para persuadir as partes a resolver suas disputas sem a necessidade de se estabelecer qual lado está certo e qual lado está errado, possibilitando que as partes interajam positivamente e possam chegar ao consenso. Além disso, o mediador deve auxiliar as partes a entenderem suas fraquezas caso o conflito seja apreciado por um terceiro⁴⁴⁰.

O quinto ponto do conflito que impede a celebração do acordo refere-se ao apego das partes aos seus próprios princípios. Nesse aspecto, a mediação deve encontrar mecanismos para que a parte abandone essa concepção enraizada, alterando a interação do conflito estabelecido entre as partes, ou ainda criar soluções criativas que possibilite o acordo ainda que mantidos esses princípios⁴⁴¹.

Outro aspecto que pode impedir as partes de alcançarem o consenso refere-se à possibilidade de existirem outros conflitos em que estão envolvidas. Sendo assim, o mediador deve alargar o âmbito de atuação da mediação para abranger o conflito em sua totalidade, o que, embora torne o processo mediativo mais complexo, impede sejam tomadas atitudes ineficientes para pôr fim apenas a parte do conflito⁴⁴².

Justamente no momento em que as partes apresentam impasses para se chegar a um acordo é que a mediação baseada na Escola de Harvard apresenta impactos nos

⁴³⁹- *“The issue of how an adjudicator will decide the case if it does not settle is usually treated by participants as a key factor in bargaining. Parties sometimes appreciate the weaknesses in their case, and even disputants who honestly disagree about the likely outcome in court may compromise in order to avoid the costs of litigation. In most cases, however, litigants suffer from ‘optimistic overconfidence’, overestimating their chance of prevailing in adjudication”* (GOLANN, Dwight., AARON, Marjorie Corman. *Mediating legal disputes: effective strategies for lawyers and mediators*. Little, Brown, 1996).

⁴⁴⁰- *“Mediators can help to solve merits-based problems by ‘reality testing’ – that is, by assisting each side to understand the weaknesses in its litigation option”* (GOLANN, Dwight., AARON, Marjorie Corman. *Mediating legal disputes: effective strategies for lawyers and mediators*. Little, Brown, 1996).

⁴⁴¹- *“If each disputing parties is deeply attached to some ‘fundamental’ principle that must be abandoned or compromised in order to resolve the dispute, then resolution is likely to be difficult. [...] In view of the intensity of feelings in cases such as these, it is unlikely that evaluative techniques will be helpful in reaching a settlement. A mediator, however, may be able to find a creative way of reconciling (or bypassing) the seemingly conflicting values of the disputants by searching for a compromise that satisfies their differing interests”* (SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994).

⁴⁴²- *“The resolution of one dispute may have an effect on other disputes involving one or both parties. If so, this linkage will enter into their calculations, and may so complicate negotiations as to lead to an impasse. Here again, mediation holds much promise since the mediator can make explicit – and factor into the mediation – the linkage. Indeed, enlarging the agenda in many ways facilitates the mediation process”* (SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994).

conflitos diversos de outros modelos. Isso porque, tendo em vista que o acordo é o objetivo fundamental para esse modelo de mediação, o mediador deve tomar atitudes para superar os impasses, o que acaba por gerar impactos relevantes na interação do conflito.

Nesse sentido, é importante pontuar que a principal crítica a esse modelo de mediação decorre justamente dessa orientação acordista, pela qual a mediação é ferramenta direcionada, primordialmente, à obtenção do acordo e a pôr fim ao conflito. Esse direcionamento acabaria por desconsiderar os aspectos subjetivos dos conflitos, que são afastados da discussão principal, pautando-se a análise apenas nos aspectos objetivos apresentados que viabilizem a obtenção do acordo, o que pode gerar consequências negativas ao conflito⁴⁴³. Isso porque o mediador que busca incessantemente a auto-composição pode deixar de abordar certos aspectos do conflito que poderiam inviabilizar o acordo, o que certamente irá prejudicar a qualidade da mediação – até mesmo dando origem a uma litigiosidade remanescente entre as partes.

Partindo principalmente dessa crítica à escola de mediação de Harvard, surge o modelo transformativo, que representa uma verdadeira dicotomia entre os modelos de mediação⁴⁴⁴, o qual será analisado a seguir.

5.6. A mediação transformativa e seu impacto no conflito

Diferentemente da Escola de Harvard, a mediação transformativa não tem como objetivo principal alcançar a celebração do acordo. Em verdade, o objetivo dessa

⁴⁴³- “(...) na procura do acordo sobre o conflito objetivo, deixam-se de trabalhar os conflitos subjetivos, apenas neutralizados e separados do tratamento dos conflitos objetivos, que retornam como perturbação, muitas das vezes, das próprias decisões tomadas. Os conflitos subjetivos, apenas neutralizados e separados do tratamento dos conflitos objetivos, continuam a atuar no relacionamento entre os participantes da negociação ou da mediação, manifestando-se na sobrevalorização das dificuldades com o mesmo na criação delas ao ficarem subjacentes e procurar sua expressão por meios sintomáticos” (VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*, Florianópolis, Habitus, 2006, p. 85).

⁴⁴⁴- “*En polos distantes, hallamos dos modelos de trabajo de mediación: uno llamado problem solving o negociado, que persigue el acuerdo, entendido este como el logro del ahorro y la posibilidad de evitar el proceso judicial. Em contrapartida se encuentra la mediación transformativa, que entiende el proceso de resolución del conflicto como una experiencia de conocimiento, transformación personal y relacional, y que además incorpora un objetivo pedagógico, em tanto aprendizaje para la resolución de conflictos aplicable a otras situaciones de la vida. En línea con este último modelo se halla la mediación pensada como forma de restitución de los vínculos sociales a través del reconocimiento y el dialogo, como la reconstrucción del lazo social, cuyo modelo de intervención también pone el acento más em el proceso de conversación que implica la mediación, que em el resultado del conflicto concreto al que se arribe*” (BRANDONI, Florência. *Construcción de calidad em el ejercicio del mediador*, In: *Mediación: hacia una mediación de calidad*, Buenos Aires, Paidós, 2011, p. 28).

prática é criar um cenário para que os participantes possam mudar suas percepções acerca de si próprio e do outro participante⁴⁴⁵, através de mudanças na própria interação do conflito. Essas mudanças ocorrem, principalmente, em razão do empoderamento e do reconhecimento⁴⁴⁶.

Segundo BUSH e POPE, no modelo transformativo a mediação pode ser definida como “*um processo no qual um terceiro trabalha com as partes em conflito para ajuda-los a alterar qualitativamente a interação conflituosa, de um aspecto negativo e destrutivo para positivo e construtivo, à medida em que exploram e discutem temas e possibilidades para resolução*” (tradução livre)⁴⁴⁷.

Segundo a perspectiva transformativa, o conflito não é visto apenas em seu aspecto negativo, mas sim como uma oportunidade de alterar a qualidade da relação existente entre as partes. Através da prática mediativa, as partes conseguem melhorar o próprio relacionamento, razão pela qual a obtenção de um acordo é um resultado secundário em relação ao objetivo primordial, que é o de viabilizar a transformação do conflito.

Nesse sentido, ressaltando que o acordo não é o objetivo primordial da mediação transformativa, WARAT entende que o foco desse modelo de mediação está centrado no processo, e não no resultado obtido⁴⁴⁸. Além disso, sendo o objetivo principal a transformação das pessoas e de seus sentimentos – consistente na única forma de transformar e redimensionar os conflitos⁴⁴⁹-, o papel do mediador seria auxiliar as partes para que

⁴⁴⁵- “[...] a very different kind of process, known as ‘transformative’ mediation, does not seek to settle cases. Rather, its goal is to create a setting in which participants can, if they wish, change the way in which their view themselves and others in dispute” (FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 257).

⁴⁴⁶- “The problem-solving approach to mediation, most clearly aligned with what has been called facilitative mediation by Riskin above, seeks to assist parties understand both the issues and each other more fully and to generate options and ultimately solutions or agreements. [...] The second excerpt describes Transformative Mediation, which aims not at solving the problem or finding a resolution, but rather at changing the parties in the midst of conflict – making the parties stronger themselves (‘empowerment’) and also more open to understanding of each other (‘recognition’)” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 308-309).

⁴⁴⁷- BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 83, 2002-2003.

⁴⁴⁸- Nesse mesmo sentido é o entendimento de BUSH e POPE: “in order to be useful to parties, conflict intervention cannot only be about problem-solving, about satisfactions of needs and interests; it must directly address the interactional crisis itself” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 73, 2002-2003).

⁴⁴⁹- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1, Florianópolis, Habitus, 2001, p. 31.

considerem os sentimentos umas das outras e auxiliem a reverter os aspectos negativos do conflito⁴⁵⁰.

Nesse ponto, segundo BUSH e POPE, destaca-se que a escolha pelo modelo transformativo de mediação é decorrente do desejo das partes em procurar novos meios para lidarem com o próprio conflito, diferente inclusive daquele já vivenciado em negociações privadas e no Poder Judiciário⁴⁵¹. Nesse sentido, o desejo das partes é direcionado à resolução dos conflitos por elas mesmas para que possam sentir-se no controle do processo, saindo da prática mediativa sentindo melhores sobre elas mesmas e sobre a parte contrária⁴⁵².

Segundo a visão transformativa, o grande problema decorrente da existência do conflito é a inevitabilidade de gerar comportamentos em relação ao outro, e até mesmo em relação à própria parte, de que ela discorda ou até mesmo repudia. Isso porque o conflito gera uma crise na relação humana que as partes entendem ser profundamente perturbadora, razão pela qual o maior desejo das partes da mediação é justamente o auxílio para superar esse sentimento negativo⁴⁵³. Essa visão permite considerar que o aspecto fundamental do conflito é justamente a interação entre as pessoas⁴⁵⁴.

Segundo BUSH e FOLGER, a experiência do conflito impacta ambas as partes. Ao descreverem os impactos dos conflitos, os autores asseveram que primeiramente

⁴⁵⁰- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 53.

⁴⁵¹- “Why do parties come to mediators, and what is it that mediators can do to best serve their clients? (...) in our view, all the above examples of party expectations reflect a common, and deeper, set of concerns that motivate parties to try mediation. That is, these goals reflect the parties’ desire to find a different mode of dealing with the conflict – different than the one they have experienced in their private negotiations, and the one they believe they would find in the legal system” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 68, 2002-2003).

⁴⁵²- “Parties are looking for a better alternative to ‘doing it themselves’ or having lawyers (and perhaps a judge) do it for them. They want to feel more in control of themselves and the process. They do not want to be victimized, or to victimize the other party, in the process of dealing with their dispute; rather, they want to come out of the process feeling better about themselves, and about the other party, than they do at the point of frustration and impasse that led them to seek help from a lawyer or third party in the first place” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 68-69, 2002-2003).

⁴⁵³- “What people find most significant about conflict is not that it frustrates their satisfaction of some right, interest, or pursuit, no matter how important, but that it leads and even forces them to behave toward themselves and others in ways that they find uncomfortable and even repellent. More specifically, it alienates them from their sense of their own strength and their sense of connection to others, thereby disrupting and undermining the interaction between them as human beings. This crisis of deterioration in human interaction is what parties find most affecting, significant – and disturbing – about the experience of conflict” (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 45-46).

⁴⁵⁴- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 49.

“há uma sensação de enfraquecimento próprio e incapacidade”, e que, simultaneamente, “cada parte passa a focar em si mesmas – mais cautelosamente, mais suspeita, hostil, fechada, e impassíveis em relação à parte contrária” (tradução livre). Por essa razão, entendem que não importam as características das partes em conflito, pois este sempre irá direcionar a parte à fraqueza e auto-absorção.

A existência do conflito acaba por afetar ambas as partes, que passam a experimentar, em primeiro lugar, uma sensação de enfraquecimento e incapacidade. Simultaneamente, a existência do conflito gera uma sensação de “self-absorption”, isto é, as partes passam a se focar em si mesmas, agindo mais cautelosamente, suspeitando das atitudes da parte contrária, tornando-se mais hostil e fechado às razões da parte contrária.⁴⁵⁵

Entretanto, a experiência de enfraquecimento e *self-absorption* não ocorrem independentemente; na verdade, cada um desses sentimentos acaba por reforçar o outro, criando um verdadeiro ciclo vicioso de enfraquecimento e de demonização da parte contrária (para alguns autores que estudam a trajetória do conflito esse momento é denominado escalada do conflito)⁴⁵⁶.

A interação do conflito é, nesse momento, absolutamente negativa, destrutiva e alienante, o que é fator determinante para as partes procurarem mediação, de modo a reverter essa espiral degenerativa e restaurar a interação mais humana com a parte contrária⁴⁵⁷.

A intenção não seria, portanto, a obtenção de acordo, mas sim regenerar os sentimentos de poder e reconhecimento do outro, obtendo uma experiência de “closure”, deixando a experiência conflitiva para seguir com as próprias vidas (cuja premissa seria justamente reverter a interação negativa do conflito, pois não seria possível seguir adiante sem que fossem restaurados o poder e o reconhecimento perante o outro)⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 49.

⁴⁵⁶- Adotando a terminologia de escalada do conflito, RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994.

⁴⁵⁷- BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 74-75, 2002-2003.

⁴⁵⁸- NOCE, Dorothy J. Della. *Ideologically Based Patterns in the Discourse of Mediators: A Comparison of Problem Solving and Transformative Practice*. Ann Arbor, Michigan, UMI Dissertation Services, 2002, p. 160-163.

Para a mediação transformativa, portanto, “*reverter a espiral descendente é o principal valor que a mediação oferece para as partes em conflito. Esse valor vai além da dimensão de auxiliar as partes a chegarem a um acordo. Com ou sem esse acordo, o auxílio às partes deve buscar, em todo tipo de conflito, encerrar o ciclo vicioso de enfraquecimento, desconexão e demonização – alienação em relação a si mesmo e ao outro*” (tradução livre)⁴⁵⁹. A intenção das partes ao procurarem a mediação transformativa é de mudar e transformar as interações negativas do conflito em interações positivas, para que possam prosseguir com suas vidas⁴⁶⁰.

Mas de que maneira a prática da mediação transformativa impacta o conflito a ponto de reverter a espiral negativa, transformando o conflito em uma experiência positiva para as partes?

Para responder a essa pergunta, os defensores da mediação transformativa sustentam que a grande mola propulsora da alteração da interação do conflito são as próprias partes, que possuem capacidades humanas inerentes de força e de reconhecimento e compaixão⁴⁶¹, e que possuem a tendência de superarem os sentimentos de fraqueza e introspecção.

Quando essas capacidades de força e reconhecimento são ativadas nas partes, inicia-se o processo de reversão da espiral negativa do conflito, podendo culminar no restabelecimento de uma interação positiva entre as partes. O ponto fundamental, portanto, é conseguir alcançar e reativar os sentimentos de empoderamento e de reconhecimento⁴⁶².

⁴⁵⁹- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 52-53.

⁴⁶⁰- “Segundo esse modelo, a mediação tem a capacidade de transformar a qualidade da interação entre as partes em conflito e de fortalecer ambas as partes e a própria sociedade em que elas estão inseridas em razão da informalidade do processo e da promoção do consenso, vez que as partes definem o conflito e seus objetivos em seus próprios termos, decidindo se e como irão resolvê-lo” (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 117).

⁴⁶¹ - “*The critical resource in conflict transformation is the parties’ own basic humanity – their essential strength, decency and compassion, as human beings. (...) the theory also posits, based on what many call a ‘relational’ theory of human nature, that human beings also have inherent capacities for strength (agency/autonomy) and responsiveness (connection/compassion)*” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 79, 2002-2003).

⁴⁶²- “*The Keys to this transformation of conflict interaction are the empowerment and recognition shifts that the parties themselves make. No matter how small and seemingly insignificant, as theses shifts continue and accumulate, they can transform the entire interaction*” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 82, 2002-2003).

Empoderamento significa restaurar a autoestima das partes, realçando seu poder e sua capacidade de produzir decisões e lidar com seus próprios problemas, retirando as partes do sentimento de enfraquecimento gerado pela existência do conflito. *Reconhecimento* significa estimular que a parte entenda e seja empática em relação à parte contrária, retirando a parte da introspecção decorrente do conflito⁴⁶³.

Para DEMARCHI, pode-se identificar duas perspectivas a serem consideradas em relação a cada parte. O *empoderamento* traduz uma perspectiva interna, e corresponde à promoção da autodeterminação de cada pessoa e ao aprendizado para a administração dos conflitos. O reconhecimento é voltado ao ângulo externo, e corresponde à percepção do outro, suas necessidades e perspectivas, com o aumento da empatia com vistas a melhorar a qualidade das relações⁴⁶⁴.

Quando esses dois sentimentos são estimulados, cria-se um novo ciclo alterando o sentimento das próprias partes, há tendência de alteração sobre a interação de seu conflito, de uma perspectiva destrutiva para uma perspectiva construtiva⁴⁶⁵. O papel do mediador, portanto, é auxiliar as partes a realizar essas pequenas mudanças de *empoderamento* e de *reconhecimento*, incentivando a capacidade dos participantes de tomarem decisões e de serem empáticos uns com os outros⁴⁶⁶, através da escuta ativa dos problemas e na percepção de oportunidades em que pode incentivar esses sentimentos nas partes.

Com essas mudanças, as pessoas passam a entender seu próprio valor e sua capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com problemas, e reacende a sensibilidade do indivíduo para conhecer a situação e a visão do outro. Assim, a conexão

⁴⁶³- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 22-23.

⁴⁶⁴- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 117-118.

⁴⁶⁵- “Why ‘conflict transformation’? Because as the parties make empowerment and recognition shifts, and as those shifts gradually reinforce in a virtuous circle, the interaction as a whole begins to transform and regenerate. It changes back from a negative, destructive, alienating and demonizing interaction to one that becomes positive, constructive, connecting and humanizing, even while conflict and disagreement are still continuing” (BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 82, 2002-2003).

⁴⁶⁶- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 66.

relacional e a capacidade de transformar a interação das pessoas são elementos centrais do modelo transformativo⁴⁶⁷.

Faz-se mister ressaltar uma última questão: o modelo transformativo não ignora o significado de se resolver determinadas questões, especialmente através do acordo. Entretanto, segundo os adeptos da mediação transformativa, com o incentivo de mudanças em prol do empoderamento e do reconhecimento, as próprias partes são capazes de realizar mudanças positivas no conflito e eventualmente chegarem a um consenso, que pode ser considerado um objetivo secundário para a prática da mediação transformativa⁴⁶⁸.

Como principal valor desse modelo de mediação tem-se a concepção de que a mediação não é apenas uma forma de resolver conflitos e diminuir o número de casos em curso, mas sim uma importante ferramenta para viabilizar interações sociais de maior qualidade, com obtenção de resultados melhores e alterando os aspectos negativos do conflito. Essa busca por maior qualidade no contexto das relações interpessoais é que motiva a eleição desse modelo de mediação pelas partes interessadas⁴⁶⁹.

Ou seja, no processo de mediação transformativa, o grande impacto da mediação é incentivar as partes a repactuar com seus sentimentos de competência e conexão, e reverter o ciclo negativo do conflito, restabelecendo uma interação construtiva e seguir em frente com sua vida, com o auxílio do mediador.

Conforme pode-se notar, a adoção de diferentes ferramentas na prática mediativa (seja com a adoção do modelo de Harvard, seja com a adoção do modelo transformativo) acaba por impactar, de maneiras diferentes, o fenômeno do conflito.

5.7. A mediação sob a ótica do estágio do conflito

Conforme visto no capítulo 3, o conflito não é um fenômeno estanque; em verdade, o conflito é um processo complexo, que altera suas características com o passar do tempo e das experiências vividas pelas partes. Ao estudar o processo do conflito e sua

⁴⁶⁷- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 55.

⁴⁶⁸- BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 84, 2002-2003.

⁴⁶⁹- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 119.

trajetória, incluindo o seu nascimento e a sua transformação, debruça-se sobre um fenômeno social complexo, devendo ser analisado o modo como os interesses e os danos são percebidos ou não, e como as pessoas respondem a essa experiência

A escolha das partes em submeter o conflito a um dos mecanismos de solução de disputas disponíveis pode indicar uma intransigência em relação às posições adotadas pelas partes, bem como uma ausência de criatividade ou experiência necessárias para que o conflito pudesse ser solucionado sem a interferência de terceiros⁴⁷⁰. É evidente, pois, que a intervenção de um terceiro no conflito acaba por alterar a dinâmica conflituosa e a trajetória desse fenômeno, causando uma mudança na interação entre as partes.

O momento, portanto, é fator determinante para o emprego de técnicas mediativas adequadas ao caso concreto, de modo a propiciar alterações positivas significantes no conflito e no relacionamento entre as partes.

A análise do caso concreto submetido à mediação pode apresentar um conflito com maior ou menor grau de acirramento, com as partes vinculadas às suas posições em maior ou menor grau,⁴⁷¹ o que deve ser considerado pelo mediador no planejamento da mediação. O estágio do conflito e a posição das partes em relação a esse fenômeno têm impactos diretos nos efeitos que a instituição da mediação e a intervenção do mediador irá causar ao conflito⁴⁷², embora, no aspecto geral, pode-se afirmar que a mediação tem o condão de melhorar os relacionamentos em todos os momentos do conflito e, conseqüentemente, gerar efeitos positivos para as partes.

Sobre o tema, REDORTA assinala que “*la importância de conocer en qué fase se halla el conflicto es fundamental para el interventor*”. Isso porque as estratégias a

⁴⁷⁰- “*Positions tend toward rigidity because the protagonists are reluctant to budge lest any conciliatory gesture be misconstrued as a sign of weakness. Moreover, the parties may lack the imagination, creativity, and/or experience necessary to work their way out of the pit they have jointly engineered – not because they don’t want to, but because they don’t know how. Thus, for a variety of reasons, disputants are sometimes either unable or unwilling to move toward agreement of their own accord. Under these circumstances, third parties often become involved at the behest of one or more of the disputants, on their own initiative, or by institutional arrangement*” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 196-197).

⁴⁷¹- “*En la evaluación de la intensidad, hay que tener en cuenta lo que la acción o recurso analizado significa para el adversario a quien está destinado. Este a su vez tiene su percepción condicionada por su conocimiento del adversario*” (ENTEELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 170).

⁴⁷²- “*Além das características sócio-psicológicas subjacentes aos conflitos, o mediador também deverá averiguar em que fase as partes se encontram na escalada do conflito*” (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 169).

serem adotadas pelo terceiro estão fortemente condicionadas pela fase do conflito, que acaba por impactar também nos resultados que poderão ser obtidos⁴⁷³.

Note-se que o entendimento acerca do conflito (que deve levar em consideração também o estágio evolutivo em que se encontra) é absolutamente imprescindível para o trabalho do mediador e a escolha no emprego das diversas técnicas da mediação⁴⁷⁴, consistindo em uma etapa fundamental no processo⁴⁷⁵. Daí a recomendação para serem colhidas as informações pelo mediador logo no início do processo de mediação, muito embora a compreensão total do conflito e de seu estágio não seja comumente atingida nesse momento inicial.

Isso porque a real compreensão do conflito exige a identificação tanto das posições assumidas pelas partes quanto dos reais interesses que as partes buscam conseguir através do conflito. A posição é a postura inicial adotada pela parte, a qual irá direcionar as negociações acerca do conflito a partir de sua instauração. Uma vez instaurado o conflito, as partes adotam posturas iniciais, as quais definem o que elas pensam e o que elas querem usufruir a partir da resolução do impasse⁴⁷⁶.

Muitas vezes ocultados pelas posições, por detrás delas encontram-se os interesses, que são os objetivos que as partes buscam conseguir através do conflito, sendo

⁴⁷³- REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 78).

⁴⁷⁴ - Analisando de maneira completa as possíveis técnicas de mediação a serem empregadas, confira-se ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*, LexisNexis, Newark, 2001).

⁴⁷⁵- “Once the mediator has set the stage and delivered an opening statement, she asks the parties to describe the matter that brought them to mediation. As the mediator listens to the parties and urges them to listen to each other, she is looking for elements of the conflict that will be constructive in developing a better understanding among the parties, that may generate ideas for resolutions, and that are agreed upon commitments.” (MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 385).

⁴⁷⁶- “por un lado, están los asuntos, que son las diferentes áreas que, a primera vista, dan muestra de discrepancias o de incompatibilidades que deberán ser tratadas. Tales asuntos son expresados a través de las posiciones que cada parte fije, son la postura inicial que más comúnmente adoptan las partes en conflicto, definen lo que ellas creen que quieren. Las posiciones pueden ser cuestionadas y confrontadas, no dejan espacio para explorar y resolver problemas, se obtiene lo que se quiere, se concede lo que uno quiere o no se consigue lo que uno quiere (negociación posicional)” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 62-63).

aquilo o que realmente importa para elas⁴⁷⁷. São os interesses que de fato definem o problema e o conflito estabelecido entre as partes⁴⁷⁸.

Ou seja, tanto as posições quanto os interesses fazem parte do conflito, mas o que de fato importa é o objetivo final perseguido pelas partes ao final do processo, o que é representado pelos seus próprios interesses. Entretanto, no momento em que se inicia o processo de mediação, é muito comum que as partes revelem apenas as posições que adotaram em decorrência do conflito,⁴⁷⁹ não revelando inicialmente seus reais interesses.

Além do mais, REDORTA também aponta dois elementos-chaves a serem analisados sobre o estágio do conflito, que irão condicionar os efeitos da intervenção na disputa: a percepção de confiança das partes no objeto do conflito e a percepção de confiança mútua entre os dois sujeitos em conflito⁴⁸⁰.

Conforme visto no capítulo 3, o processo do conflito, ao longo do tempo, possui uma dinâmica própria e, muitas vezes, até mesmo previsível, constituída por um esquema básico de tensão inicial, escalada da tensão, ponto culminante e redução da tensão⁴⁸¹.

⁴⁷⁷- “*Luego están los intereses, que son por qué o el para qué, muchas veces ocultos por debajo de las posiciones; siendo en definitiva lo que le importa a las personas. Los intereses pueden converger. Avezar más allá de las posiciones abre el paso a los intereses comunes que pueden ser satisfechos plenamente*” (ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 63).

⁴⁷⁸- Os interesses definem o problema. O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. [...] Tais desejos e preocupações constituem interesses. Os interesses motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. Sua posição é algo que você decidiu. Seus interesses são aquilo que fez com que você se decidisse dessa forma (FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, trad. VERA RIBEIRO e ANA LUIZA BORGES, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005, p. 59).

⁴⁷⁹- “Muitas vezes, na narrativa da situação que ensejou o início da mediação, as partes permanecem em suas posições, não revelando seus reais interesses. É comum que elas indiquem suas preocupações principais, mas não apresentem um quadro aprofundado de suas motivações e expectativas. Mostra-se necessário, então, proceder à investigação mais detalhada dos interesses das partes” (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 177).

⁴⁸⁰- “*Para el gestor del conflicto existen dos elementos clave que deben examinarse: la percepción de confianza de las partes referida al objeto del conflicto y la confianza mutua entre los contendientes a nivel personal. Una línea de trabajo e investigación constante ha venido insistiendo en la importancia de estos dos aspectos como principal orientación a la intervención que podemos marcar como iniciada desde ellos estudios de Rubín y Brown (1985), de acuerdo con lo que indica Moore (1995, p. 205-246)*” (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p.78).

⁴⁸¹- FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a compressive guide to resolving conflicts without litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984, p. 25; e JEFFREY Z. RUBIN, DEAN G. PRUITT e SUNG HE KIM, *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., Mcgraw-Hill, 1994.

Nos estágios iniciais de um conflito, em que as partes ainda não se identificam como antagonistas e ainda não ocorreu o *blaming*, a intervenção de um terceiro neutro e do mediador tem o condão de restabelecer a harmonia que se via ameaçada, exercendo, portanto, uma função eminentemente preventiva, isto é, de evitar que o conflito evolua e se acirre, trazendo consequências nocivas às partes⁴⁸², devendo o mediador deixar claro a elas que aquele é o momento correto para a tomada de atitudes recíprocas para evitar a escalada do conflito.

Ainda que haja um acirramento da controvérsia entre as partes e uma polarização do conflito (com a identificação das partes como disputantes, ou seja, superada a fase de imputar a responsabilidade a outro indivíduo – *blaming*), nessa fase denominada de conflito emergente⁴⁸³ as partes já reconhecem a discrepância entre os interesses e reconhecem o seu adversário, mas ainda não tomam atitudes enfáticas para a obtenção de seu objetivo no conflito.

Ou seja, embora instalado o conflito, ainda não há grande antagonismo entre as partes, razão pela qual os sentimentos e atitudes em relação ao conflito não representam grande óbice ao estabelecimento da comunicação produtiva entre as partes, que compreendem suas divergências e estão dispostas a procurar soluções objetivas.⁴⁸⁴

Esse estágio também é considerado favorável à intervenção do mediador, porque embora as partes divirjam em relação aos pontos centrais do conflito, a animosidade ainda não prejudicou a capacidade de eventual cooperação⁴⁸⁵, tampouco causou estragos irreversíveis na comunicação das partes, facilitando portanto a atuação do mediador⁴⁸⁶.

Nesse ponto destaca-se que eventual intervenção do mediador tem o condão de contribuir para a estabilidade do conflito (evitando-se o processo de escalada),

⁴⁸²- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 169.

⁴⁸³- MOORE, Christopher W. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Granica, 1995, p. 47.

⁴⁸⁴- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 170.

⁴⁸⁵- NOLL, Douglas E. *A theory of mediation*, *Dispute resolution Journal*, v. 56, n. 2, p. 78-84, mai-jul 2001.

⁴⁸⁶- “A mediação, essencialmente, é um processo baseado na comunicação, porque, para que aconteça a almejada convergência de interesses entre os mediandos, é necessário que cada um deles compreenda os interesses do outro, e isso somente pode ocorrer se houver uma boa comunicação. Conseguir que os mediandos se expressem é condição *sine qua non* para que a mediação chegue a bom termo” (FIORELLI, José Osmir et al. *Psicologia na mediação – inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*, São Paulo, LTR, 2004, p. 107).

pois confere às pessoas a possibilidade de resolverem o conflito sem que haja a necessidade de se empregar táticas ofensivas à parte contrária. RUBIN destaca, todavia, que para que seja verificada a efetividade das instituições de resolução de conflitos em evitar a escalada é necessário que as partes a considerem isenta e legitimada, decorrente exatamente da escuta ativa do terceiro em relação aos reclamos das partes⁴⁸⁷.

Para DEMARCHI a percepção de que o estágio de conflito emergente é favorável a prática mediativa leva à recomendação de que as formas autocompositivas de solução de conflitos sejam utilizadas antes da propositura de uma demanda ou nas fases iniciais de um eventual processo judicial, de modo a evitar a intensificação do conflito entre as partes e possíveis danos à comunicação.

Em relação à escalada dos conflitos, RUBIN, PRUITT e KIM apontam duas teorias que ajudam a explicar esse fenômeno, que consiste na expansão da amplitude e intensidade do conflito: a primeira teoria, denominada modelo de agressão-e-defesa, consiste na tomada de decisões de uma parte com o objetivo de conseguir algo do conflito estabelecido com outrem, que apenas se defende. À medida que o objetivo não é atingido, a parte passa a adotar táticas mais pesadas, continuando a escalada de tensão do conflito até que o outro sucumba e o objetivo seja alcançado⁴⁸⁸.

Já o modelo da espiral de conflitos sustenta que a escalada de tensão é resultado de um ciclo vicioso de ação e reação de ambas as partes. As atitudes de uma parte acabam por influenciar a reação da parte contrária, que provoca uma contrarreação ainda mais pesada⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ - “Forums and third party institutions contribute to stability by giving people a nonviolent and face-saving way to resolve their disputes (Glasl, 1982). For such institutions to be effective, they must be seen as legitimate and either as unbiased – or biased in the direction of prevailing community norms. They must also be seen as giving a full hearing and careful consideration to user grievances, even if the ultimate decision or recommendation favors the opponent” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 133).

⁴⁸⁸ - “The aggressor-defender model draws a distinction between Party and Other. Party, the aggressor, is viewed as having a goal of creating change that places it in conflict with Other, the defender.. The aggressor’s goal may be to take something from the defender, to alter reality at the defender’s expense, or to stop the defender’s annoying behavior. The aggressor (Party) ordinarily starts with mild contentious tactics, because this is the least risky approach. But if these do not work, Party moves on to heavier tactics, continuing to escalate until the goal is achieved or the cost of continued escalation is greater than the value of the goal sought. The defender (Other) merely reacts, escalating its efforts in response to Party’s level of escalation. This process persists until Party either wins or gives up” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 73).

⁴⁸⁹ - “The conflict spiral model of escalation holds that escalation results from a vicious circle of action and reaction. Party’s contentious tactics encourage a contentious reaction from Other, which provokes further

Ainda assim, na escalada dos conflitos estão envolvidas diversas forças psicológicas que, caso não combatidas, impedirão a mediação de produzir seus efeitos mais relevantes. Destacam-se, nesse ponto, o sentimento de culpa (que consiste no ato de imputar a responsabilidade ao outro acerca dos comportamentos contenciosos no âmbito do conflito), de raiva em relação à parte contrária e de medo (geralmente presente na teoria de agressão-e-defesa)⁴⁹⁰.

Além desses sentimentos que estão na base da escalada de conflitos, pode-se destacar que a percepção negativa e a ausência de empatia em relação à parte contrária acabam por agravar a escalada do conflito e reduzir as chances de uma resolução a ser encontrada pelas próprias partes⁴⁹¹. Também o desenvolvimento de uma percepção seletiva sobre as informações e atitudes da parte contrária de modo a sustentar suas posições anteriores leva à manutenção da escalada do conflito⁴⁹².

Inicialmente, pode-se sustentar que a mera intervenção do mediador no conflito em escalada já é suscetível de causar impacto relevante, levando quase sempre à interrupção, ainda que momentânea, da escalada do conflito e das atitudes de contenda tomada pelas partes⁴⁹³. Ainda assim, no estágio de escalada de conflitos, as partes sentem-se incapazes de trabalhar em conjunto para tratar o conflito existente, razão pela qual a interferência do terceiro mediador deve ter como escopo primordial o reestabelecimento da

contentious behavior from Party, completing the circle and starting it on its next iteration. Tactic move from light to heavy in this analysis, because each reaction is more severe an intense than the action provoked" (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p.74).

⁴⁹⁰- RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 77-80.

⁴⁹¹- RUBIN, PRUITT e KIM apontam sete maneiras pelas quais a percepção negativa em relação à parte contrária auxilia na escalada do conflito: (i) a percepção negativa leva à culpabilização da parte contrária pelas experiências negativas sofridas pelo indivíduo; (ii) o indivíduo tende a encarar as atitudes da parte contrária como formas de ameaças, em especial duvidando de eventuais boas ações praticadas pela parte; (iii) a percepção negativa diminui a inibição para a tomada de ações retaliativas; (iv) o prejuízo à comunicação e a tomada de posição hostil em relação à parte contrária; (v) a percepção negativa leva à redução da empatia pelo outro; (vi) levando à considerar quase que exclusivamente opções que gerem a solução de conflitos não pela via autocompositiva; (vii) bem como leva o indivíduo a considerar a parte contrária como um inimigo real. (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 85-87).

⁴⁹²- RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 98-116.

⁴⁹³- *"The mere presence of a third party, either in contractual or emergent intervention, is likely to profoundly change the interactions between Party and Other. Under most circumstances, such change is likely to be beneficial. The destructive path of the escalation conflict is diverted, at least momentarily, by third party's inclusion"* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 198).

comunicação produtiva, utilizando técnicas específicas para afastar os sentimentos negativos, as percepções negativas e a falta de empatia das partes.

Somente com o emprego de técnicas adequadas e de uma relevante habilidade do mediador⁴⁹⁴ é que serão produzidos impactos relevantes para a reversão do processo de escalada de conflitos, sendo esse momento o mais delicado para a instauração da mediação, pois o emprego de técnicas inadequadas levará à ineficiência e conseqüentemente ao fracasso da mediação, o que pode levar inclusive a um maior acirramento do conflito.

Superada a etapa de escalada de conflitos, chega-se à fase de estancamento, na qual se suspende a evolução do conflito, pois as partes já não se mostram mais interessadas em seguir com o conflito, abrindo espaço para o reestabelecimento da cooperação entre as partes. Lembre-se que o estancamento é alcançado por quatro razões principais: (i) o fracasso das táticas competitivas, (ii) o esgotamento de recursos, (iii) a perda do suporte social, pois em geral muitas partes dependem do suporte de outros indivíduos ou entidades sociais para manter o conflito, e (iv) previsão de custos inaceitáveis para se manter a escalada do conflito⁴⁹⁵.

Nesse momento a parte encontra-se em uma situação delicada, pois embora escapar do conflito pareça essencial, há o risco de ser tomada uma atitude que seja entendida como sinal de fraqueza pela parte contrária⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴- “Avançando nas fases do conflito, pode-se indicar, ainda, o acirramento completo da disputa, em que as partes assumem posições definidas e as consideram definitivas, insistindo em seus pontos de vista e na construção de uma tese cujos argumentos sejam suficientes para vencer a parte adversa. Neste estágio as partes sentem-se incapazes de trabalhar para uma solução consensual e buscam reforçar suas posições pela consulta a advogados e adoção de medidas efetivas para satisfação de seus interesses. Normalmente, é nesse cenário que se desenvolve o processo judicial, e eventual mediação que tenha lugar nesse momento há de ser conduzida de forma hábil, utilizando técnicas eficientes de negociação e comunicação para resgatar a capacidade de cooperação entre as partes” (DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 170).

⁴⁹⁵- “*There are important occasions when stalemate occurs because Party suspects that the costs associated with continued struggle will be so great that further escalation must be avoided. Perhaps constituents are complaining that wealth is being exhausted or protesting that lives are being lost. Possibly, new issues and people are about to become involved that will poison (or further poison) the broader relationship with other*” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 153).

⁴⁹⁶- “*Quite clearly, stalemate produces a quandary for Party. On the one hand, escaping the conflict seems essential. On the other hand, Party runs the danger of weakening its hand and suffering image loss by moving too vigorously in the direction of settlement*” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 159).

Ou seja, diante do cenário de que às partes não é conveniente continuar o conflito, contender (pelas razões expostas acima) e ceder os interesses muitas vezes é inaceitável em razão do tempo e energia já gastos no conflito, a única saída possível é negociar posições e interesses com o intuito de resolver o conflito. Nesse momento de estancamento é que as ações, pensamentos e discursos competitivos, que acirram o antagonismo entre as partes, cedem lugar a ações cooperativas⁴⁹⁷.

Lembre-se de que a confiança das partes no objeto do conflito e a confiança mútua entre as partes variam conforme a fase do conflito: como exemplo, na fase da escalada do conflito a confiança mútua é mínima, e as partes geralmente agem de modo a destruir essa confiança para mostrar força à parte contrária.

No momento em que se percebe cansaço das partes para manter o conflito, e a abertura para negociar a resolução do conflito (ou seja, a fase de estancamento), é que a utilização da mediação será mais benéfica, de modo a viabilizar a prática colaborativa, proporcionando uma desescalada do conflito pautada no reestabelecimento da comunicação e da confiança entre as partes⁴⁹⁸, justamente os pilares centrais da prática mediativa.

Aliás, a prática da mediação encontra-se facilitada, pois o indivíduo é forçado a entender o adversário através de práticas colaborativas⁴⁹⁹. Sendo assim, a mediação surge como alternativa altamente recomendável para as partes cujo conflito encontra-se na fase de estancamento.

Após o estancamento pode ser verificado o processo de *desescalada* do conflito, que é justamente o vetor inverso ao processo de escalada, fase em que o conflito perde força e passa a regredir. A identificação do processo de desescalada é fundamental sob

⁴⁹⁷- “El estancamiento [...] es un punto crítico del proceso en el que se pasa de actividades competitivas a cooperativas y se reconoce al otro” (JOSEP REDORTA, *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 77).

⁴⁹⁸- “La primera indicación de que el conflicto está cambiando de fase o alcanzando el punto de madurez, acostumbran a ser los escarceos o indicaciones sutiles de cansancio y un rechazo menos frontal de la exploración de las posibilidades de arreglo. En esta fase, la mediación suele obtener los mejores resultados. Normalmente mejores que la negociación directa. Visto así, el proceso de desescalada será un proceso de reconstrucción de confianza mutua, al menos a cierto nivel, y se produce un avance hacia una nueva relación de poder entre las partes” (REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 79).

⁴⁹⁹- “The most important consequence of stalemate, then, is that Party is forced into a grudging acceptance of Other as an interdependent partner with whom some quid pro quo will have to be worked out. Other is not a friend with whom collaboration is a welcome opportunity but a despised enemy whose cooperation is nevertheless needed.” (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 155).

o ponto de vista da gestão de conflitos, pois irá condicionar o impacto de eventual intervenção no conflito, bem como o resultado a ser obtido por meio desta intervenção.

Nesse momento são necessários quatro passos para se verificar a desescalada do conflito: o aumento da interação entre as partes; a construção de momentos ou espaços de pausa no conflito em que são permitidas pequenas concessões mútuas; a criação de objetivos comuns superiores aos interesses de cada parte; e as concessões unilaterais⁵⁰⁰.

Esse estágio do conflito também pode ser identificado como um momento favorável à intervenção do mediador, pois as partes encontram-se menos fixadas em suas posições e compreendem que o reestabelecimento do diálogo em prol de um possível acordo é mecanismo apto a encerrar o conflito. Todavia, em alguns casos a intervenção do terceiro pode gerar consequências negativas ao próprio conflito, principalmente se as partes já se encontravam tendentes a resolver consensualmente o conflito. Note-se que a intervenção de um terceiro em um conflito que se encontra em desescalada e está caracterizado por um movimento em busca do acordo pode impactar e desfazer recém-criada aliança em busca do acordo⁵⁰¹.

De toda a forma, reafirma-se que a mediação pode ser utilizada em qualquer momento do conflito, naturalmente variando-se as técnicas a serem empregadas de acordo com os interesses das partes e com o estágio de conflito⁵⁰², os quais demonstram momentos mais ou menos propícios para a prática mediativa.

⁵⁰⁰- ALZATE, R. *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1998, p. 68-70.

⁵⁰¹- *“Indeed, research shows that third party intervention, particularly active and forceful intervention, is counterproductive when the disputants are able to move toward settlement by themselves (...) For example, a mediation’s active intervention in a divorce mediation has been found to be harmful when couples are already engaging in constructive conversation”* (RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1994, p. 198)

⁵⁰²- *A competent mediator must be able to assess the conflict goals in play (including the fact that goals are dynamic during a conflict) and the conflict escalation level (which may not be the same for each disputant)”* (NOLL, Douglas E. *A theory of mediation*, *Dispute resolution Journal*, v. 56, n. 2, p. 78-84, mai-jul 2001).

6. PESQUISA EMPÍRICA NO SETOR DE MEDIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTANA (PROJETO CANTAREIRA DE MEDIAÇÃO)

6.1. A pesquisa empírica e os aspectos gerais sobre a metodologia adotada

Até o presente momento, a análise da mediação como instrumento de acesso à justiça e seus impactos nos conflitos foi realizada exclusivamente através de pesquisa dogmática, com a utilização da técnica de levantamento bibliográfico⁵⁰³, com as considerações realizadas apenas no plano teórico. Ou seja, as problematizações e as respostas desenvolvidas até o momento deram-se apenas com a utilização de arcabouço teórico, sem comprovação “prática”.

Como o escopo de analisar se as conclusões parciais alcançadas até o momento neste trabalho possuem correspondência na realidade, especialmente em relação (a) à avaliação das partes sobre o processo de mediação; (b) à avaliação das partes sobre os acordos celebrados na mediação, bem como cumprimento desses acordos; (c) aos impactos positivos ou negativos da prática mediativa nos conflitos; (d) e às demais consequências da experiência da mediação na vida dos indivíduos, optou-se pela realização de uma pesquisa empírica, destinada a comprovar ou desmentir se prática da mediação constitui instrumento de acesso à justiça, e de que modo a mediação gera impactos nos conflitos que são submetidos a ela.

A pesquisa em direito no Brasil, tradicionalmente, adotou como enfoque a dogmática jurídica, ou seja, a análise das normas e sua aplicação⁵⁰⁴, cuja maior crítica tinha

⁵⁰³- “A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisado conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta” (FONSECA, João José Saraiva da. *Metodologia da pesquisa científica*, Fortaleza, UEC, 2002, p. 32, disponível em <<http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>>, acesso em 14.11.2016).

⁵⁰⁴- “Nós juristas devemos confessar que o nosso objeto está em conceitos prescritivos-normativos, sem a vergonha de afirmar que o nosso saber é uma discussão sobre as regras. [...] Os nossos procedimentos giram em torno de normas” (LOPES, José Reinaldo Lima. *O que é pesquisa em direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 83-84). O prof. José Reinaldo, entretanto, traz de modo exemplificativo algumas hipóteses em que a pesquisa em direito superaria o mero aspecto de análise de normas: “Como podemos realizar pesquisas? Há alguns exemplos de o que pesquisar, além de investigações conceituais. Podemos investigar qual é a orientação de um tribunal, e saber se ele sempre decide da mesma forma. Os antigos diziam que as decisões valiam quando

como fundamento os levantamentos bibliográficos parciais, isto é, com a utilização exclusiva de doutrina para amparar as respostas já anteriormente concebidas⁵⁰⁵. Ou seja, na maioria das vezes, a pesquisa em direito e a teoria jurídica foram baseadas em “raciocínios silogísticos em torno de interpretações possíveis de um dado comando normativo e das suas possibilidades de aplicação concreta. As teorias resultam da contraposição quase exaustiva de discursos retóricos e da sistematização taxonômica de categorias abstratas”⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷.

Essas pesquisas em direito, portanto, limitavam-se à reprodução de pensamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de determinadas normas, com a utilização dos textos legais e doutrinários como fonte exclusiva do trabalho, apoiado muitas vezes em argumentos retóricos e argumentos de autoridade.⁵⁰⁸

No entanto, no século XXI, especialmente a partir do ano de 2005, a utilização do empirismo como método de pesquisa passa a ganhar força no Brasil,⁵⁰⁹

eram, por um longo tempo e em número suficiente, as mesmas, adquirindo, assim, condição de igualdade frente aos costumes ou à Constituição do Príncipe. Como quantificar as decisões dos tribunais? Quais tribunais são comparáveis? Se quisermos comparar o Tribunal de Justiça de São Paulo com o do Rio Grande do Sul, ou o de Minas Gerais, qual é a justificativa? Os resultados serão quantitativos e qualitativos. (...) Assim, há possibilidade de construirmos problemas, objetos, métodos e procedimentos para uma pesquisa prescristivo-normativa (dogmática) em Direito” (LOPES, José Reinaldo Lima. *O que é pesquisa em direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 84-86).

⁵⁰⁵- “O padrão de o que é pesquisa em Direito no Brasil passou a ser o parecer, que se tornou o modelo de pesquisa. Dizer que o parecer desempenha o papel de modelo e que é decisivo na produção desse amálgama de prática, teoria e ensino jurídicos, significa dizer que o parecer não é tomado aqui como uma peça jurídica entre outras, mas como um formato padronizado de argumentação, que hoje passa por um quase sinônimo de produção acadêmica na área do direito – que penso estar na base da maioria dos trabalhos universitários, atualmente. [...] o parecer recolhe o material doutrinário, jurisprudencial e os devidos títulos legais unicamente em função da tese a ser defendida. Não recolhe todo o material disponível, mas tão-só a porção do material que vem ao encontro da tese a ser defendida; não procura no conjunto do material um padrão de racionalidade e inelegibilidade, para depois formular uma tese explicativa – o que é, para mim, o padrão de um trabalho acadêmico. Então, no caso paradigmático modelar do parecer, a resposta já está dada de antemão” (NOBRE, Marcos. *O que é pesquisa em direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 30-32).

⁵⁰⁶- NERI, Marcelo Côrtes. Em apresentação à obra *Pesquisa empírica em direito*, (coord.) CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 7.

⁵⁰⁷- “A pesquisa em direito no Brasil especializou-se na norma como dever ser, deixando um pouco de lado o conhecimento da norma como ser, como ela acontece na realidade” (CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.), *Pesquisa empírica em direito*, Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 11).

⁵⁰⁸- SÁ E SILVA, Fábio de. *Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil*, Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan-16, p. 25.

⁵⁰⁹- “Para publicações com a palavra ‘direito’ no texto e ‘empírico/a’ no título, temos um aumento pequeno por volta de 2001 e 2002, um aumento muito grande entre 2005 e 2007 e uma tendência de aumento para os anos seguintes. [...] De qualquer forma, com a tentativa, dá pra enxergar que a pesquisa empírica em direito, no Brasil, teve três períodos de expansão. Um, por volta de 2002; outro, por volta de 2006; e um último, entre 2011 e 2012. Dá pra pensar numa série de explicações possíveis para isso, como as novas reflexões sobre o direito no primeiro momento (por exemplo, o artigo de Marcos Nobre, ‘Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil’, 2004) e a iniciativa de grupos dedicados à metodologia e pesquisa empírica nos últimos anos (como a Rede de Pesquisa Empírica em direito – REED)” (DUARTE, Guilherme Jardim. *Enxergando o boom da pesquisa empírica em direito no Brasil*, publicado em 1.11.13, disponível em <<https://sociaismetodos.wordpress.com/2013/11/01/enxergando-o-boom-da-pesquisa-empirica-em-direito-no-brasil/>>, acesso em 14.11.16).

impulsionada especialmente pela preocupação dos pesquisadores em conceber trabalhos com maior rigor metodológico⁵¹⁰ e que tenham conteúdo multidisciplinar⁵¹¹⁻⁵¹².

Para SÁ E SILVA, o aparecimento de comunidades organizadas destinadas à pesquisa empírica, o lançamento de periódicos especializados e o incentivo financeiro à pesquisa empírica constituíram os principais fatores que colaboraram para o aumento de importância da pesquisa empírica em direito⁵¹³.

Em verdade, os estudos empíricos acerca dos impactos da norma na realidade social, o modo como o direito atua, o funcionamento das instituições jurídicas *etc.*, durante muitos anos, foram conduzidos por estudiosos de outras ciências sociais (e não do direito), cenário que pode se alterar em virtude da relevância que vem adquirindo a metodologia empírica nas faculdades de direito⁵¹⁴.

A importância da pesquisa empírica (entendida como a pesquisa de campo em que se busca a comprovação prática de algo através da coleta e análise de dados, algumas vezes através da tentativa de comprovação no campo prático daquilo que foi apresentado

⁵¹⁰- “Nos últimos anos, pesquisadores nessa área passaram a se preocupar mais com metodologia científica (preocupação quase inexistente anteriormente). Surgiram trabalhos de enfoque ‘empírico’, contrapostos ao que se produzia antes, pejorativamente chamados de ‘dogmáticos’ DUARTE, Guilherme Jardim. *Enxergando o boom da pesquisa empírica em direito no Brasil*, publicado em 1.11.13, disponível em <<https://sociaisemetodos.wordpress.com/2013/11/01/enxergando-o-boom-da-pesquisa-empirica-em-direito-no-brasil/>>, acesso em 14.11.16).

⁵¹¹- “Nesse sentido, ela é especialmente relevante, pois na medida em que se reivindica para a ciência jurídica maior rigor metodológico e interdisciplinaridade, e que a dogmática jurídica desça da torre de marfim na qual ela se isola muitas vezes, a pesquisa empírica passa a ter uma posição de destaque, justamente porque permite o contato com pesquisadores de outras áreas e a renovação da dogmática jurídica; o fato de lidar com a realidade cria sensibilidade para a dogmática jurídica”(CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.), *Pesquisa empírica em direito*, Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 12).

⁵¹²- A pesquisa empírica “nos proporciona uma releitura do Sistema do Direito nos trazendo à tona perspectivas e análises que se encontram obscuras frente à nossa rotina de operadores do direito. A verdadeira pesquisa empírica nos leva além daquilo que estudamos em códigos, ela nos proporciona uma imersão na história, na sociologia, na antropologia, na economia para que entendamos cada vez mais o Direito como fato social” (MATOS, Márcio. *Os desafios a serem enfrentados para implementar a pesquisa empírica em direito*, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/38011/os-desafios-a-serem-enfrentados-para-implementar-a-pesquisa-empirica-no-direito>>, acesso em 15.11.16).

⁵¹³- Essa renovação sobre o interesse para realização de pesquisas empíricas em direito, segundo SÁ E SILVA, decorre da (a) exaustão teórica e funcional do positivismo, a qual permitiu a multiplicação de discursos e práticas legítimas em relação ao que é saber direito; (b) reforma do ensino jurídico, a qual permitiu que esses discursos e práticas pudessem se difundir nas Faculdades de Direito; (c) consolidação de uma ordem jurídica-política democrática e a apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais; (d) emergência de gestores públicos envolvidos com o planejamento e execução de políticas públicas, as quais demandam análise empírica; (e) por fim, decorre da globalização, em virtude da ampliação da circulação de pessoas, recursos e ideias para fora das fronteiras nacionais (SÁ E SILVA, Fábio de. *Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil*, Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan-16, p. 25-41).

⁵¹⁴- CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Pesquisa empírica em direito*, Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 11-12.

anteriormente no campo teórico)⁵¹⁵, reside na possibilidade de se deslocar a teoria do direito de uma análise meramente teórica para uma análise da realidade, muito mais próxima ao contexto social e aos sujeitos destinatários das normas jurídicas, além de permitir um enfoque multidisciplinar à pesquisa⁵¹⁶.

Ora, o estudo acerca do acesso à justiça e do conflito em si, sob a ótica da mediação como mecanismo de tratamento adequado do conflito, naturalmente pode ser realizados apenas através de uma pesquisa dogmática-doutrinária. Entretanto, tratando-se o direito de fenômeno social⁵¹⁷, que pode ser analisado e estudado por diferentes óticas e “passível de ser conhecido pelas observações sistemáticas de suas manifestações empíricas”⁵¹⁸, na medida do possível o pesquisador deve verificar se a produção teórica encontra respaldo na realidade, conscientizando-se da relevância do contexto social em que a teoria opera, dos efeitos da aplicação das normas e dos desdobramentos do direito na realidade social⁵¹⁹.

⁵¹⁵- Para SÁ E SILVA, a pesquisa empírica em direito pode ser definida como “maneira de apreender o direito que passa pela coleta e análise sistemáticas de dados da realidade (social, política, cultural, econômica, institucional, etc.). Em princípio, portanto, o eixo da definição tem caráter metodológico. Qualifica-se como PED [*pesquisa empírica em direito*] todo processo cognitivo informado ou mediado por instrumentos como pesquisas *survey*, entrevistas, observação direta ou participante, etc.” (SÁ E SILVA, Fábio de. *Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil*, Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan-16, p. 27).

⁵¹⁶- “Por um lado, provocam a teoria do direito a fincar seus pés na realidade da aplicação das leis, no funcionamento dos tribunais, dos processos judiciais, dos julgamentos, das partes, do conflito. A conexão com a sociedade, a sensibilidade social e a realidade são, mais do que premissas de método, condições para se compreender o direito no complexo e distinto cenário da sociedade e do Estado contemporâneos. Por outro lado, demanda da pesquisa em direito, longamente contaminada pela lógica do parecer, que se liberte de qualquer compromisso com a resposta preestabelecida, que recupere o zelo com o método, a fidelidade aos procedimentos de investigação, a centralidade em uma investigação pautada por um problema, algumas hipóteses e uma profusão de análises em que a verdade é uma consequência, não a causa do trabalho de pesquisa. Além disso, a pesquisa empírica em direito se propõe a dialogar com a produção científica de outras áreas do conhecimento, como a economia, a ciência política, a sociologia, abrindo-se a métodos e linguagens novas. Superada a ilusão de que os problemas de uma sociedade seguiriam a artificial taxonomia de saberes em que se organizam as ciências, nada mais recomendável do que enfrentá-los por meio de múltiplos olhares, para uma melhor apreensão do objeto analisado” (NERI, Marcelo Côrtes. Em apresentação à obra *Pesquisa empírica em direito*, (coord.) CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 8).

⁵¹⁷- “De experiência jurídica, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre homens, por isso denominadas relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí sempre a nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade. O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 2).

⁵¹⁸- XAVIER, José Roberto Franco; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (ed.), *Revista de estudos empíricos em direito*, vol. 1, n. 1, jan-14,

⁵¹⁹- “Em lugar da interpretação da norma, a pesquisa empírica investiga os meandros de sua produção e os efeitos de sua aplicação. Em vez de discutir os limites da competência que as leis atribuem a cada órgão incumbido de poder público de decisão, investiga como esses órgãos e principalmente como os seus membros

Lembre-se, ademais, de que as percepções acerca do acesso à justiça e dos próprios conflitos possuem um viés subjetivo⁵²⁰ e, por esse motivo, o estudo destes temas, além de poder ser realizado através de pesquisa empírica, também pode dar voz aos próprios indivíduos. Aliás, em relação à mediação, os sujeitos em conflito são os verdadeiros protagonistas (nesse sentido, destaca-se a autodeterminação como característica fundamental da mediação)⁵²¹, razão pela qual é importante considerar as suas percepções sobre a prática da mediação.

Dessa forma, conforme já mencionado alhures, a pesquisa qualitativa tem o escopo de verificar se a mediação constitui, de fato, um instrumento importante de acesso à justiça sob a ótica dos jurisdicionados, especialmente em relação à avaliação das partes sobre a mediação, seus resultados, os acordos celebrados, e os eventuais impactos e consequências que essa experiência proporcionou aos indivíduos.

Para a realização da pesquisa empírica, optou-se pela utilização da abordagem qualitativa de pesquisa, a qual é a mais adaptada aos objetivos da presente pesquisa⁵²², permitindo que fosse apurada a percepção dos indivíduos acerca da mediação e dos impactos das práticas mediativas no conflito, e em que medida a utilização desse mecanismo de tratamento de conflitos gerou impactos positivos para a vida daquele indivíduo (dados estes que não podem ser analisados sob um viés quantitativo). Buscou-se, em última análise, conhecer as percepções das partes envolvidas em um conflito acerca do processo de mediação, e de que maneira a adoção desse mecanismo impactou naquele

pensam e atuam em concreto. Em vez de tentar buscar a norma em estado puro, conscientiza-se da relevância do contexto social em que ela opera” (CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.), *Pesquisa empírica em direito*, Rio de Janeiro, IPEA, 2013, p. 12).

⁵²⁰- “*Disputing involves the creations and revision of perceptions and attitudes about oneself, one’s opponent, agents, dispute content, dispute process, and dispute institutions and personnel*” (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, Law and society review, vol. 15, n. 3/4, p. 650).

⁵²¹- “Nos métodos autocompositivos, por outro lado, as partes são efetivas protagonistas do procedimento. O objetivo, especialmente da mediação, consiste em permitir que os interessados sejam capazes de identificar os pontos nodais das controvérsias e de implementar um diálogo. Assim, há uma visão prospectiva – volta-se para o futuro, no intuito de que, a partir das habilidades desenvolvidas no curso do procedimento adequado, aquelas partes não só resolvam o conflito, como também sejam capazes de evitar novas demandas judiciais” (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.), *Justiça multipartas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 70).

⁵²²- “A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc. Os pesquisadores que utilizam os métodos qualitativos buscam explicar o porquê das coisas, exprimindo o que convém ser feito, mas não quantificam os valores e as trocas simbólicas nem se submetem à prova de fatos, pois os dados analisados são não-métricos (suscitados e de interação) e se valem de diferentes abordagens” (GERHARDT, Tatiana Engel.; SILVEIRA, Denise Tolfo. (org.), *Métodos de pesquisa*, Porto Alegre, editora da UFRGS, 2009, p. 31-32).

sujeito. Por outro lado, tratando-se de pesquisa qualitativa, não se pretende a generalização das conclusões, mas sim observar e contribuir para as discussões acerca do papel da mediação no sistema de solução de conflitos.

Para DOBINSON e JOHNS, uma pesquisa qualitativa não doutrinária deve, em primeiro lugar, identificar um objeto específico que o pesquisador gostaria de alcançar. Em seguida, os autores estabelecem 4 passos que o pesquisador deve seguir, quais sejam: i) especificar as perguntas da pesquisa; ii) definir o espaço amostral; iii) realizar a coleta de dados; iv) realizar a interpretação dos dados⁵²³. No caso concreto, o objetivo pretendido com a presente pesquisa empírica é analisar se as conclusões parciais do presente trabalho encontram respaldo na realidade dos indivíduos submetidos à mediação.

Em relação ao espaço amostral e recorte institucional, o trabalho de campo da pesquisa empírica foi realizado no Projeto Cantareira de Mediação, sob a responsabilidade do Ministério Público do Estado de São Paulo. Inicialmente⁵²⁴ esse projeto tinha como escopo a intervenção em conflitos originados de infrações penais de menor potencial ofensivo, desde que as partes envolvidas fossem indivíduos com relação continuada, de modo a se alcançar o reestabelecimento do diálogo, a transformação dos indivíduos e a paz social⁵²⁵.

A escolha do Projeto Cantareira de Mediação para a realização da pesquisa empírica deu-se em razão (a) de se tratar de projeto de mediação já consolidado, em atividade há mais de 10 anos, e que conta com uma grande quantidade de casos submetidos à mediação; (b) de contar com grande aceitação da população e dos agentes envolvidos; (c) de empregar principalmente técnicas transformativas do conflito; (d) da proximidade entre o pesquisador e a instituição de pesquisa, em tese garantindo maior acessibilidade à investigação.

Inicialmente, no decorrer do ano de 2016, foi realizada pesquisa de campo *in loco*, consistente na presença semanal para serem observadas as sessões de mediação praticadas no âmbito do Projeto Cantareira de Mediação, com o escopo principal de se obter

⁵²³- *Qualitative Legal Research*. In: MCCONVILLE, Michael., CHUI, Wing Hong. *Research Methods for Law*. Edinburgh University Press, 2007.

⁵²⁴- Diz-se inicialmente porque, no ano de 2016, o Projeto Cantareira de Mediação passou a intervir também em conflitos não-penais.

⁵²⁵- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, *Mediação penal interdisciplinar: apresentação do projeto*, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar>, acesso em 15.11.16.

a familiarização acerca da prática mediativa (até mesmo porque, em regra, a mediação é sigilosa, estando presentes apenas as partes, seus advogados e os mediadores), bem como para se verificar o emprego das técnicas da mediação e o funcionamento do projeto.

Como recorte temporal, optou-se por um recorte recente, envolvendo a seleção randômica de 15 casos que foram submetidos ao Projeto Cantareira de Mediação entre janeiro de 2015 e julho de 2016. A opção por um recorte recente deve-se à impossibilidade prática de se realizar uma pesquisa mais abrangente e que englobe uma quantidade maior de casos a serem analisados.

Definido o espaço amostral, a técnica utilizada para a coleta dos dados empíricos consistiu na realização de entrevistas⁵²⁶ semiestruturadas⁵²⁷ com os indivíduos que tiveram a experiência de participar da mediação, utilizando-se em regra questões abertas, naturalmente formuladas com base nos objetivos do presente trabalho, de modo a possibilitar a interação entre os sujeitos entrevistados e o pesquisador e incentivar o diálogo. A utilização de roteiros semiestruturados viabilizou que os interlocutores pudessem apontar aspectos que achavam relevantes, muito embora não fossem o tema central das pesquisas elaboradas.

A opção pela técnica de entrevistas reside na própria subjetividade dos temas a serem abordados na pesquisa empírica, razão pela qual as percepções dos indivíduos acerca da mediação deverão ser analisadas individualmente, levando-se em conta as próprias considerações e sentimentos das partes envolvidas. Nesse sentido, destaca-se que a entrevista configura técnica destinada justamente à obtenção de dados relevantes sob o ponto de vista do próprio entrevistado⁵²⁸ e, *in casu*, do próprio indivíduo que teve o seu conflito submetido à mediação.

Conforme assevera GRAMATIKOV, a análise da qualidade de um mecanismo de solução de disputa pode ser realizada através de muitas técnicas, “mas os clientes serão a fonte mais compreensível. Coletar dados subjetivos dos consumidores de

⁵²⁶- A entrevista “é acima de tudo uma conversa a dois, ou entre vários interlocutores, realizada por iniciativa do entrevistador, destinada a construir informações pertinentes para um objeto de pesquisa, e abordagem pelo entrevistador, de temas igualmente pertinentes tendo em vista este objetivo” (MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.), *Pesquisa social; teoria, método e criatividade*, 29ª ed., Petrópolis, Vozes, 2010, p. 261).

⁵²⁷- “O pesquisador organiza um conjunto de questões (roteiro) sobre o tema que está sendo estudado, mas permite, e às vezes até incentiva, que o entrevistado fale livremente sobre assuntos que vão surgindo como desdobramentos do tema principal” (GERHARDT, Tatiana Engel.; SILVEIRA, Denise Tolfo. (org.), *Métodos de pesquisa*, Porto Alegre, editora da UFRGS, 2009, p. 68).

⁵²⁸- MARTINS, Joel.; BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. *A pesquisa qualitativa em psicologia*, São Paulo, Moraes, 1994, p. 54.

justiça pode ser realizado através de entrevistas, análise de documentos ou métodos como observação e pesquisa de ações”.⁵²⁹

Nas entrevistas, foram abordados três temas centrais: a satisfação das partes com o processo de mediação, a satisfação das partes com os acordos celebrados e o efetivo cumprimento desses acordos, e os impactos da prática mediativa nos conflitos e na vida das pessoas. Confira-se o roteiro utilizado:

(a) apresentação inicial sobre o projeto e sobre o pesquisador

(b) a avaliação das partes com o processo de mediação:

- 1) No momento em que você foi convidado a participar da mediação, qual foi a sua reação inicial? Como você se sentiu?
- 2) O que você achou da estrutura física da mediação? O que você achou dos atendimentos dados pelos mediadores? Você ficou satisfeito com a atuação dos mediadores?
- 3) Você ficou satisfeito com o modo pelo qual o conflito foi analisado nas sessões de mediação? Qual o seu sentimento acerca da forma da mediação? Sob seu ponto de vista, a mediação foi um processo justo?
- 4) Após ter experimentado a mediação, você consegue estabelecer um vínculo entre a mediação e justiça? Sob o seu ponto de vista, a mediação a qual você foi submetido deu-se de maneira justa?
- 5) Você se sentiu prejudicado, de alguma forma, no decorrer das sessões de mediação que participou? Se sim, por qual razão?
- 6) Você ficou satisfeito com o resultado da mediação? Se você pudesse alterar o resultado obtido, você o faria? Em qual sentido?
- 7) Sob o seu ponto de vista, a mediação apreciou a totalidade dos problemas que você possuía com a outra parte? Ou a mediação deixou de analisar algum aspecto do problema existente, sob seu ponto de vista? Você conseguiu colocar para os mediadores todos os fatores que você gostaria? Você acha que isso foi importante para sua experiência?

⁵²⁹- GRAMATIKOV, Martin. *Methodological Challenges in Measuring Cost and Quality of Access to Justice*, Tisco Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, Month 10, 2007.

8) Você acredita que essa experiência com a mediação foi positiva ou negativa? Como você descreveria essa experiência? Foi uma experiência útil para sua vida?

(c) a satisfação das partes em relação aos acordos celebrados na mediação, bem como cumprimento desses acordos

9) Você se recorda se em algum momento da mediação você se sentiu pressionado a celebrar um acordo?

10) Caso tenha sido celebrado um acordo, você entende que esse acordo foi justo? Você ficou feliz com o acordo que celebrou na mediação? Se pudesse alterar algo em relação ao acordo que celebrou, você o faria?

11) Caso tenha sido celebrado um acordo, este acordo está sendo cumprido? Houve algum problema em relação ao cumprimento desse acordo, por você ou pela parte contrária? Pode-se afirmar que você e a parte contrária vivem em paz?

12) Após a celebração desse acordo, o relacionamento entre você e a parte contrária melhorou ou piorou? Como você descreveria esse relacionamento após a celebração do acordo?

(d) os impactos positivos da prática mediativa nos conflitos e as consequências da experiência da mediação na vida dos indivíduos:

13) Após a experiência da mediação, como você descreveria seu relacionamento com a outra parte? Esse relacionamento melhorou ou piorou em decorrência da mediação? Surgiram novas desavenças? Esse relacionamento foi mantido após a mediação?

14) Após a experiência na mediação, você se sente uma pessoa diferente? Sob sua percepção, você se vê como um ser mais capacitado para resolver e lidar com os conflitos na sua vida pessoal?

15) Após sua experiência na mediação, você acredita que passou a ter uma relação diferente com as outras pessoas, incluindo aquelas que você tenha alguma desavença? Se sim, por qual razão?

16) Após a prática da mediação, você chegou a enfrentar outros problemas com outros indivíduos? Sob seu ponto de vista, a forma como você lidou com esse

novo conflito foi melhor ou pior se comparado ao tempo anterior à sua experiência na mediação?

17) As pessoas que se relacionam com você relataram alguma mudança de comportamento sua após a experiência da mediação?

Na maioria das entrevistas, realizadas por telefone, foi feito o uso de gravador, de modo a captar todas as percepções das partes e as expressões utilizadas nas entrevistas. Buscou-se, portanto, retratar de maneira mais fidedigna possível os relatos das partes que foram submetidas à mediação.

Após a realização das entrevistas com os sujeitos indicados, coletados os dados empíricos, foi necessário proceder à análise dos dados obtidos. Inicialmente realizou-se leitura flutuante a partir da transcrição das entrevistas, obtendo-se a percepção generalista das mensagens obtidas através da pesquisa. Em seguida, foi realizada uma leitura exaustiva do conteúdo das entrevistas, com a organização e categorização do material obtido. Uma vez vencida a etapa de organização e classificação do material coletado, naturalmente passou-se à interpretação e análise das informações obtidas, com o escopo de verificar se essas informações corroboram ou não as hipóteses levantadas (conclusão).

Segundo DELANEY e WRIGHT, a satisfação das partes é o único critério relevante para se analisar a qualidade de mecanismos não-adjudicatórios de solução de conflitos, satisfação esta que não pode ser presumida simplesmente pelo atingimento de um acordo⁵³⁰. Segundo BERCOVITCH, em muitos casos a satisfação das partes é um melhor indicativo sobre o sucesso da mediação, asseverando que se as partes estão satisfeitas com o processo e com o resultado, é mais provável que entendam que a solução do conflito foi bem-sucedida e que cumpram os resultados alcançados⁵³¹.

Dessa maneira, a pesquisa realizada com as pessoas que foram submetidas à mediação do Projeto Cantareira busca, em última análise, verificar a qualidade dessa prática mediativa sobre a ótica dos próprios jurisdicionados, bem como verificar se as diferentes promessas da mediação (tais como a resolução pacífica dos conflitos, a manutenção do relacionamento entre as partes, os efeitos transformativos) podem ser verificadas na realidade.

⁵³⁰- DELANEY, Marie; WRIGHT, Ted. *Plaintiff's Satisfaction with dispute resolution processes: Trial, Arbitration, Pretrial Conference and Mediation*, Justice Research Centre, January, 1997, p. 9.

⁵³¹- BERCOVITCH, Jacob. *Mediation success or failure: a search for the elusive criteria*, 7 Cardozo J. Conflict Resol. 289, 2005-2006, p. 293.

6.2. O Projeto Cantareira de mediação

Muito embora a intenção seja a realização de uma análise qualitativa acerca dos dados obtidos nas entrevistas realizadas, faz-se mister, ainda que superficialmente, apresentar o Projeto Cantareira de mediação e algumas observações realizadas através da verificação *in loco* do funcionamento do programa.

6.2.1. A implementação do Projeto Cantareira

O Projeto Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar teve início em 2005, em razão da análise de dados e experiência dos integrantes da Promotoria de Justiça Criminal de Santana. Em especial, esses dados decorreriam do contato com partes envolvidas em infrações penais de menor potencial ofensivo e dos atendimentos realizados pela Promotoria, que indicavam a existência de uma grande quantidade de feitos criminais que envolviam conflitos intersubjetivos, em que as partes mantinham uma relação continuada.

Nesse cenário, o responsável pela implementação do Projeto, dr. Airton Buzzo Alves, sustentava que, ainda que fosse levada a cabo a atuação do Estado no processo criminal, em muitos casos a causa do conflito não era solucionada, razão pela qual o conflito não se encerrava⁵³².

Em caráter experimental, no ano de 2005 foi instalado o núcleo de mediação na Promotoria de Santana, com mediadores voluntários que integravam o Instituto Familiaer, que promovia práticas mediativas desde 1991. Posteriormente foram celebradas parcerias com outros institutos para a utilização dos mediadores, tais como o Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa e o THEM – Transformação Humana em Educação e Mediação.

Em 2010 foi celebrada parceria (mantida até os dias de hoje) com a Escola Superior do Ministério Público - ESMP, que passou a oferecer periodicamente o Curso de Extensão Universitária “Formação em Mediação Transformativa de Conflitos”, cujo módulo

⁵³²- Tais informações foram obtidas através de reunião e entrevista realizada em fevereiro de 2016, na qual o dr. AIRTON BUZZO ALVES e a dra. SANDRA CRISTINA DE AZEVEDO tiveram a oportunidade de explicar ao pesquisador a implementação do projeto, suas características e seu funcionamento.

prático passou a ser realizado no Projeto Cantareira de Mediação, mantendo três horários de atendimento todos os dias úteis, e um horário aos sábados.

6.2.2. O funcionamento do Projeto Cantareira

A triagem dos casos que serão submetidos à mediação é feita pelos próprios Promotores de Justiça, geralmente quando recebem os autos de um termo circunstanciado policial para manifestação. Nesse momento, os promotores analisam os feitos referentes às infrações de menor potencial ofensivo e detectam a existência de conflitos em que há uma situação de relação continuada entre as partes envolvidas. E, muito embora os casos cheguem através de uma autuação criminal, verifica-se que o conflito não está limitado aos fatos narrados na delegacia de polícia, mas envolve o próprio relacionamento das partes (tais como conflitos de família, herança, direito de visita, de idosos, entre vizinhos, *etc.*).

Há ainda alguns casos em que as próprias pessoas, identificando o Ministério Público como uma entidade governamental de solução de conflitos, procuram a instituição para solucionarem determinado tipo de problema. Após a análise do Promotor de Justiça, eventualmente o caso pode ser direcionado à mediação, muito embora essa prática de procura direta seja pouco usual.

Após realizada essa triagem inicial pelos próprios Promotores de Justiça, as partes são convidadas a participarem dos encontros de mediação, inicialmente através de contato telefônico com o intuito de explicar, ainda que sucintamente, a prática da mediação. Ainda que a mediação venha a ocorrer, com a aceitação das partes em participarem das reuniões, o termo circunstanciado continua a transcorrer normalmente.

As reuniões de mediação são formadas por mediadores voluntários ou por alunos do curso de formação de mediadores da Escola Superior do Ministério Público - ESMP, contando sempre com a supervisão de professores ou coordenadores do projeto. Antes de iniciar a sessão, é feito um acolhimento inicial entre os mediadores, no qual se busca confortar os mediadores e afastá-los de eventuais fatores externos que possam impactar no trabalho a ser desenvolvido com os mediados.

Além dos mediadores que atuam diretamente no trabalho de mediação, as sessões também contam com a presença de outros mediadores, os quais se juntam para formar uma equipe reflexiva, que eventualmente é convidada pelos mediadores de campo a intervir para destacar algum aspecto relevante daquilo que foi conversado na mediação – seja destacando algum ponto positivo do conflito, seja destacando algum aspecto que por ventura não tenha sido observado pelos mediadores e pelas próprias partes.

Após o término da reunião de mediação (que pode dar-se em conjunto com as partes, ou em sistema de *cáucus*, no qual cada parte é ouvida separadamente), os mediadores novamente se reúnem para compartilhar a experiência daquela sessão, e eventualmente obter as percepções daqueles que não estavam em trabalho de mediação.

A primeira sessão de mediação é destinada a esclarecer as partes os propósitos da mediação, quais sejam, o reestabelecimento do diálogo e a busca da paz, e também a informar sobre os procedimentos e as técnicas que serão utilizadas pelos mediadores. Busca-se, nessa etapa, informar as partes sobre a própria mediação para que elas tenham informações suficientes para identificar se a mediação é um método adequado para a solução de seu próprio conflito. Portanto, o objetivo final dessa primeira sessão é a adesão das partes à mediação, respeitando sempre o princípio da autonomia da vontade. Também na primeira sessão os mediadores passam a avaliar o conflito para verificarem se as partes estão aptas a participarem da mediação e se o conflito pode ser considerado mediável.

Caso as partes optem por manter a participação na mediação, novos encontros são agendados quinzenalmente. As demais não contam com um procedimento específico, buscando especialmente que as partes retomem o diálogo e consigam, por vias próprias, alcançar o entendimento acerca de um acordo. As sessões têm duração de uma hora e meia.

Caso uma das partes deixe de ir à mediação, o outro participante que compareceu à mediação é ouvido em *cáucus*, ou seja, a sessão é realizada privativamente entre os mediadores e o participante presente. Na sessão subsequente, de modo a garantir a isonomia entre as partes, a parte contrária também é atendida em *cáucus*, sem a presença do indivíduo que havia comparecido no encontro anterior.

As técnicas mediativas empregadas no Projeto Cantareira são, precipuamente, técnicas transformativas, com o escopo de

“promover a transformação das partes, consistente na criação de uma cultura de autocomposição, em relação ao conflito estabelecido, e desenvolver empoderamento, consistente no preparo das partes para outros

eventuais desentendimentos, nos quais, fortalecidas, poderão prevenir sua ocorrência ou encontrar uma solução adequada e respeitosa, sem a intervenção do aparato policial e judiciário”⁵³³.

Caso as partes cheguem a um consenso nas sessões de mediação, há celebração de um termo de acordo informal, no qual são dispostas todas as condições acordadas pelas partes. Após a celebração desse acordo informal, as partes são convidadas a se reunirem com o Promotor de Justiça responsável pelo caso, oportunidade em que as partes celebram um termo de acordo formal, com sua posterior comunicação no termo circunstanciado e eventual retratação da representação ofertada, se o caso.

6.3. Os números obtidos nas entrevistas

Antes de ser realizada a análise qualitativa dos resultados obtidos, serão apresentados os dados numéricos das entrevistas. Tem-se ciência de que a amostra adotada no presente estudo não permite generalizações das conclusões, mas a apresentação dos dados quantitativos permite ao leitor entender melhor a análise qualitativa que será feita.

6.3.1. A satisfação das partes com o processo de mediação

Ao se analisar-se a qualidade de um programa de mediação para promover acesso à justiça, o primeiro critério a ser avaliado refere-se à justiça do procedimento. Segundo RHODE, a satisfação dos usuários depende da percepção de que o procedimento foi justo, o que pode ser influenciado pela participação das partes na seleção e no encaminhamento do conflito⁵³⁴.

Nesse ponto, todos os entrevistados avaliaram positivamente o atendimento fornecido pelos mediadores do Projeto Cantareira, qualificando-o como “excelente”, “excepcional”, “espetacular”. Em nenhuma das entrevistas foi relatado qualquer tipo de problemas ou insatisfação com o atendimento fornecido pelos mediadores, conforme ilustrado pelo gráfico abaixo:

⁵³³- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Mediação penal interdisciplinar: apresentação do projeto*, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar, acesso em 15.11.16.

⁵³⁴- RHODE, Deborah L. *In the interest of justice: reforming the legal profession*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 135.



Os entrevistados, ao serem questionados sobre o aspecto de justiça envolvendo o procedimento, também destacaram, de maneira unânime, que a mediação ocorreu de maneira “justa”, “igualitária” e “adequada”, bem como que a mediação conseguiu analisar todos os aspectos do conflito e todas as posições que a parte gostaria de colocar. Não houve relatos das partes sobre um eventual sentimento de injustiça ou de prejuízo no decorrer das sessões de mediação.

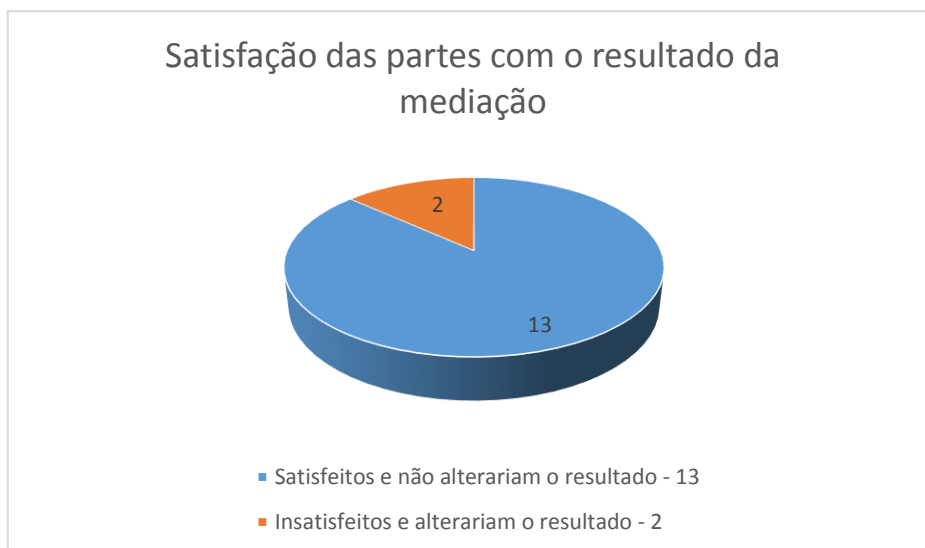
Também todos os indivíduos entrevistados entenderam que descreveram a experiência na mediação como positiva, útil, que atendeu todas as expectativas. Alguns entrevistados ainda destacaram que a intervenção dos mediadores foi útil, pois restabeleceu o canal de comunicação entre as partes, apresentou para ambas as partes os erros e acertos, e afastou sentimentos negativos.

6.3.2. A satisfação das partes com o resultado, os acordos celebrados e o cumprimento dos acordos

A qualidade de um programa de mediação também pode ser avaliada através da análise da satisfação das partes com os resultados obtidos⁵³⁵.

⁵³⁵- “Note-se assim que o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de. (org.), *Manual da Mediação Judicial*, 5ª ed., Brasília, CNJ, 2015, p. 35).

Em relação ao resultado da mediação, treze entrevistados destacaram que ficaram satisfeitos com o resultado final do procedimento (seja em razão do acordo obtido, seja em razão da transformação e o reestabelecimento do diálogo), e que não alterariam o desfecho da mediação. Apenas dois entrevistados asseveraram não terem ficados satisfeitos com o resultado da mediação. Confira-se o gráfico abaixo:



Os entrevistados que celebraram acordos não relataram qualquer tipo de pressão exercida pelos atores envolvidos. Todos os entrevistados entenderam que o acordo celebrado foi justo, relatando que estavam satisfeitos com os termos negociados e que não mudariam absolutamente nada nesses termos.

Apesar disso, uma entrevistada relatou que a parte contrária havia deixado de cumprir o acordo. Todos os outros entrevistados asseveraram que o acordo que celebraram na mediação estava sendo respeitado até o momento da realização das entrevistas:

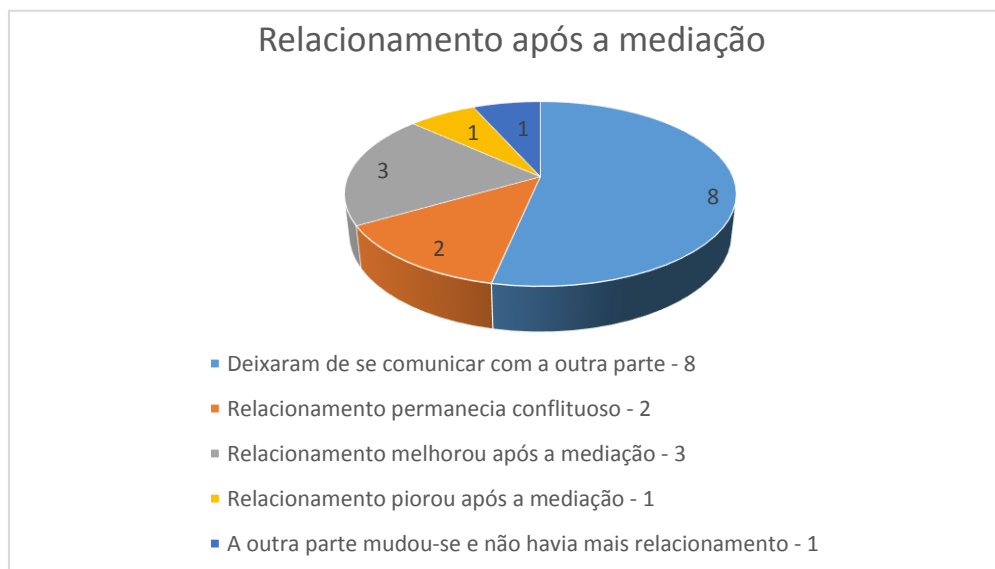


6.3.3. Os impactos positivos da prática mediativa nos conflitos

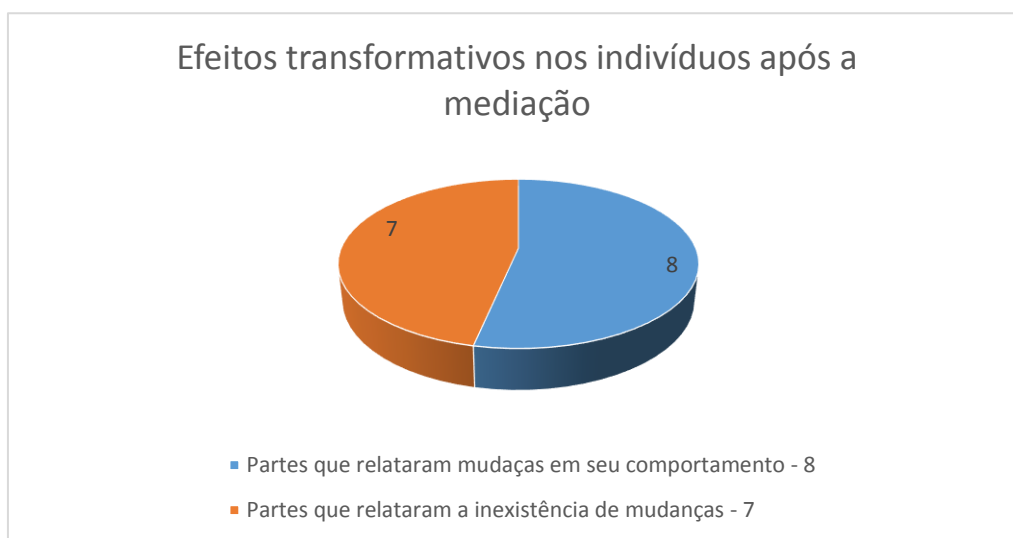
Conforme já asseverado no decorrer deste trabalho, a mediação constitui mecanismo de resolução de conflitos em que se busca, através do restabelecimento da comunicação entre as partes – que poderá ou não culminar na celebração de um acordo –, a manutenção do relacionamento pré-existente das partes e a pacificação social. Ademais, ao analisar a mediação transformativa, também foi possível verificar que, dentre as promessas da mediação, constava o empoderamento das partes e o reconhecimento do outro através da prática mediativa.

Nesse contexto buscou-se verificar em que medida as partes mantinham o relacionamento pré-existente após a prática da mediação, e se as partes haviam verificado a transformação através da mediação.

Ao serem questionadas sobre o relacionamento após a experiência da mediação, 8 entrevistados relataram que não falavam mais com a outra parte, e que não mais interagem. Essas pessoas, as quais possuíam um relacionamento pacífico anterior ao conflito, pararam de se comunicar. Outros dois entrevistados informaram que o relacionamento não havia melhorado e que, portanto, o relacionamento ainda permanecia conflituoso. Outros três entrevistados afirmaram que o relacionamento havia melhorado, pois ficou mais amigável e com um diálogo mais respeitoso. Um entrevistado afirmou que o relacionamento havia piorado após a prática da mediação, e que passou a nem mesmo conversar com a outra parte. Outro entrevistado informou que a parte contrária se mudou logo após o fim da mediação, razão pela qual não poderia responder à pergunta. Confira-se o gráfico abaixo:



Em relação aos efeitos transformativos da mediação, sete entrevistados relataram que não houve qualquer mudança de comportamento, asseverando que permaneciam a mesma pessoa que havia entrado na mediação. Os outros oito entrevistados informaram que, após a prática da mediação, passaram a escutar mais os demais e buscavam evitar qualquer tipo de conflito, tornando-se indivíduos menos reativos:



6.4. Os resultados da pesquisa empírica qualitativa

6.4.1. As pessoas envolvidas com a mediação

Conforme ressaltado alhures, a análise das entrevistas realizadas demonstrou que, de maneira unânime, os entrevistados ficaram extremamente satisfeitos com o papel desempenhado pelos mediadores e pelos demais atores que integravam o Projeto Cantareira. Nas palavras de dois dos participantes:

“[...] Excepcional. Não vou nem te comentar. Sabe, em relação ao atendimento, as mediadoras, tanto quanto as pessoas que me atenderam, foram excepcionais. Extremamente profissionais, extremamente bacanas, extremamente imparciais, nunca tomaram partido de ninguém. [...] Acho que foi muito legal, gostei muito, não tenho nada, nada, a não ser elogios para falar delas, das pessoas que me trataram lá”.

“[...] Eu achei excelente. Excelentes pessoas, profissionais, são pessoas mais velhas, que tem uma experiência de vida [...] Mas eu achei espetacular

o atendimento, e as respostas que eles deram pra nós, a forma como eles conseguiram mediar o conflito, achei espetacular”.

A satisfação das partes com o processo de mediação está vinculada à percepção acerca da qualidade dos mediadores e suas habilidades para avançarem na discussão⁵³⁶. Ademais, para KRESSEL e PRUITT, as partes que ficam satisfeitas com o trabalho dos mediadores geralmente ficam satisfeitas também com o processo⁵³⁷.

Note-se que, nesse ponto, apenas dois entrevistados relataram não terem ficado satisfeitos com a mediação e com o processo de mediação. Os outros treze entrevistados ficaram satisfeitos com os resultados obtidos através da mediação, inclusive em razão da atuação imparcial dos mediadores, indicando que foram tratados de maneira justa e que entendiam os mediadores como confiáveis, relatando que não houve qualquer tipo de pressão para a celebração de acordos.

Em relação às entrevistas realizadas, as qualidades mais relevantes que foram apontadas pelos entrevistados em relação aos mediadores foram a imparcialidade e a tratamento igualitário concedido às partes em mediação. Nas palavras de um dos entrevistados:

“[...] Achei as posições da mediação extremamente plausíveis, imparciais. Muito bacana. [...] De qualquer forma, da forma que foi, eu acho o seguinte, totalmente plausível, bacana, as pessoas foram sensacionais, foram extremamente... Não tomaram partido de um lado ou de outro”.

A satisfação com a atuação dos mediadores, obtida de maneira unânime, pode ser um indicativo de que os programas de treinamento de mediadores de fato contribuem decisivamente para uma melhor atuação dos mediadores. No âmbito do Projeto Cantareira de Mediação, todos os mediadores já concluíram os módulos teóricos de aprimoramento da prática mediativa. Embora os conteúdos dos programas de treinamento sejam variáveis, há um núcleo básico que consiste: (a) na teoria do conflito e nos estudos acerca das causas do conflito; (b) o papel do mediador; (c) na abordagem das teorias, dinâmicas e técnicas de negociação; (d) as técnicas de comunicação; (e) técnicas sobre tomadas de posições; (f) ensinamentos sobre questões éticas específicas na mediação.

⁵³⁶- MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª ed., San Francisco, CA, Jossey Bass, 2003.

⁵³⁷- KRESSEL, Kenneth.; PRUITT, Dean G. (Eds.), *Mediation research: The process and effectiveness of third party intervention*, San Francisco, CA, Jossey-Bass, p. 394-435.

Mediadores capacitados são mais aptos a lidarem com os conflitos que surgem e, assim, as chances de alcançarem a satisfação das partes em relação à atuação são maiores.

Outro ponto relevante acerca do Projeto Cantareira e que pode justificar a qualidade apontada pelos mediandos em relação aos mediadores consiste na adoção de um supervisor do programa. No caso, a dra. Sandra Cristina de Azevedo atua como supervisora, acompanhando as mediações e buscando uniformizar a prática da mediação nesse programa. Através da análise *in loco* do programa, percebeu-se a preocupação da supervisora em conversar antes e após as sessões com o grupo de mediadores, apontando os caminhos a serem percorridos e as técnicas que poderiam ser empregadas para alcançar o sucesso de determinada mediação. Além disso, há reuniões periódicas entre os mediadores e a supervisora do programa, que buscam integrar e atualizar a teoria e a prática da mediação.

Ademais, a preocupação com a qualidade da atuação dos mediadores também pode ser verificada pela adoção de etapas de autossupervisão: os mediadores e demais integrantes da equipe reflexiva, antes e ao final da sessão de mediação, se reúnem para discutir as técnicas empregadas, relatando experiências e opiniões, compartilhando o aprendizado em cada caso concreto.

Ainda em relação aos atores envolvidos na mediação, duas entrevistadas destacaram, de maneira espontânea, o papel exercido pelo Promotor de Justiça responsável pelos casos, asseverando que o promotor “havia sido muito educado, foi muito legal” e que o “promotor conversou e aconselhou muito a gente”. Para as duas entrevistadas, essas características do promotor impactaram na percepção de que a mediação foi uma experiência positiva em suas vidas, demonstrando que o papel exercido pela autoridade – muitas vezes através de práticas que não incluem a solução impositiva do conflito – é relevante na percepção de justiça dos usuários dos mecanismos de solução de conflitos.

6.4.2. A importância de uma triagem adequada dos conflitos e os resultados da mediação

Apenas dois entrevistados não ficaram satisfeitos com a adoção da mediação para a solução de seus conflitos. O primeiro entrevistado relatou que não ficou satisfeito porque “*poderia ter levado para outras esferas. Não fiquei satisfeito porque não deu acordo*”, ao passo que a segunda entrevistada relatou que se sentiu prejudicada “*pelos*

mentiras que a outra parte contava. Ela inventava um monte de mentiras”, razão pela qual ela queria “*Justiça, não queria aquela mediação*”. Ou seja, o descontentamento em relação à mediação não teve como causa o trabalho dos mediadores, mas sim a insatisfação com o próprio mecanismo.

Nesses casos, através das entrevistas realizadas, ficou constatado que a intenção das partes não era o restabelecimento do diálogo, mas sim a imposição de uma determinada decisão favorável a eles à parte contrária. A primeira entrevistada, a todo momento, ressaltava que queria a realização de justiça através de uma decisão favorável à sua pretensão. Nesse sentido, asseverava que “a Justiça tem que me dar uma decisão, alguma coisa nesse sentido. Ele tem que pagar o que fez. Ele tem que pagar. Tem a justiça para isso”.

Já o segundo entrevistado ficou insatisfeito pela ausência de um acordo que atendesse às suas expectativas. Por esse motivo, destacou que deveria ter procurado outras esferas, porque a mediação não era o mecanismo mais indicado para a parte contrária.

Nesses dois casos, destaca-se a importância de uma triagem adequada para a submissão de conflitos à mediação. Não somente em razão da não-obtenção de um acordo, mas porque as próprias partes mostravam-se inflexíveis em suas posições. Além disso, as partes não demonstravam qualquer intenção de cederem em seus interesses, mas sim desejavam a integral submissão da parte contrária à suas pretensões. Daí porque a mediação não era o mecanismo mais indicado para a análise desses dois casos.

Em contrapartida, os demais entrevistados ficaram satisfeitos com o resultado final da mediação (seja em razão do acordo obtido, seja em razão da transformação e o reestabelecimento do diálogo), e informaram que não alterariam o desfecho da mediação.

Um dos entrevistados ressaltou que o conflito em que estava envolvido não merecia movimentar a máquina do Judiciário, razão pela qual entendia que a mediação seria a melhor forma para solucionar a controvérsia:

“É um caso que não era muito atendido pela delegacia, era um caso banal para eles fazerem esse atendimento. Não tem muita base para fazer esse atendimento, só ocorreu a mediação quanto tomou um nível, o conflito subiu o nível um pouco. [...] Possivelmente teria evitado a abertura de um BO, boletim, se tivesse uma mediação, a gente percebeu que era um caso banal. Era uma reclamação, mas que pode chegar a um segundo nível”.

Uma outra entrevistada destacou que a mediação lhe trouxe resultados melhores que o mecanismo estatal, destacando que ficou mais satisfeita com o Ministério Público do que com o Poder Judiciário:

“[...] fiquei muito satisfeita, inclusive no Judiciário estava descontente. A pessoa depois do arquivamento, coisas que a Juíza não conseguiu resolver a mediação conseguiu resolver, com a chance de ser ouvida e de falar. Eu perdoei porque eu quis, mas eu me senti contente lá e resolvi dar um desconto pra outra mãe. Eu fiquei mais contente com a promotoria do que com a Juíza, porque não foi uma coisinha banal”.

Outro entrevistado expressamente reconheceu que a mediação era o mecanismo mais adequado para a solução de seu conflito:

“Eu tava numa briga muito grande com a mãe da minha filha. Daí eu fiz um BO. Daí em princípio fiquei muito resistente, queria que ela me pagasse pelo dano. Aí eu fui na mediação e foi a melhor coisa que aconteceu, e inclusive melhorou meu relacionamento com minha filha. Acho que se fosse essa questão mais dura... A princípio não gostei da ideia (da mediação), mas depois achei excelente. No Judiciário poderia continuar a briga, ia refletir na minha filha né. Ela ia continuar falando mal da minha filha, coisa mais amigável foi melhor”.

Diante desse cenário, destacando a importância dos mecanismos de triagem dos conflitos, verifica-se que os critérios adotados pelos Promotores de Justiça para o envio dos casos ao setor de mediação têm se mostrado eficientes, em virtude do alto grau de satisfação das partes com os resultados obtidos na mediação.

Ademais, ao se verificar a plena satisfação das partes ao se submeterem à mediação, verifica-se que a premissa adotada no presente trabalho encontra respaldo na pesquisa empírica, demonstrando que em situações em que o conflito está inserido em uma relação continuada, a mediação é um mecanismo que confere resultados mais satisfatórios às partes.

A satisfação das partes com o acordo é indicada como um aspecto relevante para se verificar a qualidade da mediação, destacando-se que os acordos obtidos através da mediação são mais satisfatórios do que os acordos celebrados através de outros mecanismos⁵³⁸. Nesse ponto, todos os entrevistados relataram que entenderam o acordo

⁵³⁸- “*Naturally, parties’ satisfaction with the agreement they just negotiated is an essential criterion for mediation’s effectiveness (Kressel & Pruitt, 1985). In fact, this is the dimension that is most frequently used in assessing the qualitative aspect of mediation results. In this respect, all studies in our literature survey feature this variable. Mediation is deemed to achieve a high level of satisfaction with an agreement, and to produce more satisfying agreements than other dispute settlement process such as arbitration*” (POITRAS, Jean.; TAREAU, Aurélia Le. *Quantifying the quality of mediation agreements*, Negotiation and Conflict Management Research, vol. 2, issue 4, p. 363-380, November, 2009).

como justo, adequado e que não desejavam alterar os termos do acordo. Isso demonstra que a participação dos jurisdicionados no processo decisivo e na própria decisão, através de um consenso genuíno, gera resultados mais facilmente aceitos pelas partes e que em regra são devidamente cumpridos, sendo desnecessária a realização de ações ulteriores para efetivar o acordo.

Nesse ponto, destaca-se que apenas uma entrevistada relatou o descumprimento, pela parte contrária, do acordo celebrado no Projeto Cantareira de Mediação. Trata-se de mais um dado que corrobora que, a partir da participação das partes e através da celebração dos acordos, a pacificação social é alcançada e os termos ajustados são devidamente cumpridos, sem que haja a necessidade de intervenção de terceiros para impor a decisão/acordo. Por essa razão, os entrevistados relataram estarem vivendo em paz com a parte contrária, embora em muitos casos o relacionamento não tenha perdurado, o que será analisado abaixo.

6.4.3. A justiça do processo

Destacou-se anteriormente que a justiça do processo é um ponto relevante para a percepção das partes acerca da justiça do mecanismos. Nesse sentido, as partes submetidas a um mecanismo de solução de conflitos valorizam a possibilidade de apresentarem o conflito e de poderem contar a história da maneira como desejarem, e de serem tratadas com respeito pelas demais partes presentes no processo, ainda que não se tenha alcançado o acordo⁵³⁹. Segundo WELSH, a justiça do processo afeta a percepção das partes acerca da justiça substancial⁵⁴⁰, razão pela qual verificar a qualidade dos procedimentos é essencial para os mecanismos de solução de conflitos.

⁵³⁹- *“A wide variety of evaluations have concluded that people like alternative dispute resolution procedures, even when those procedures do not result in a settlement of their case. People appear to value the opportunity to present their case in a less constrained manner than is often possible in courts, to have an informal discussion with the third party which suggests to them that their views are being listened to and considered, and to participate more directly in effort to resolve their conflicts. Since those involved in dispute resolution focus heavily on the question of disputant satisfaction in judging the value of dispute resolution procedures the general popularity of alternative dispute resolution procedures is a strong point in their favor”* (TYLER, Tom. R. 66 Denv. U. L. Rev. 419, 1988-1989, p. 429).

⁵⁴⁰- *“The disputants’ perceptions of this justice affect their judgment and compliance about the substantial outcomes and their faith in the legitimacy of the institution that offerer the procedure”* (WELSH, Nancy. A. *Making deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice got to do with?*, Wash. U.L.Q, vol. 79, 2001, p. 787-861).

Ao serem questionados se a mediação havia sido um procedimento justo, alguns entrevistados espontaneamente asseveraram que sim, tendo em vista a imparcialidade dos mediadores e a possibilidade de se expressarem nas sessões de mediação. Nas palavras de uma entrevistada:

“[...] Eu fiquei muito satisfeita, tive a oportunidade de falar, e a outra parte teve a oportunidade de falar e ouvir. Pra mim foi muito bom. Tanto da parte do Ministério Público quanto da plateia. Tivemos atenção, carinho, respeito, tanto da parte do Ministério Público quanto dos voluntários que são excelentes. [...] Fomos tratadas de forma igual e não me senti prejudicada de modo algum, tanto é que tivemos um resultado muito positivo”.

As entrevistas realizadas demonstram que as pessoas submetidas à mediação identificam a justiça do processo com a oportunidade de se expressarem e serem ouvidas, assim como foi defendido no âmbito teórico do presente trabalho. Dessa forma, tendo em vista que as partes puderam se expressar livremente nas sessões de mediação realizadas no Projeto Cantareira, não houve qualquer entrevistado que identificasse algum prejuízo suportado ou que relatasse a percepção de alguma injustiça no decorrer da mediação.

Ao interpretarmos os dados referentes à satisfação das partes com o processos de mediação e com os resultados obtidos, duas possíveis explicações podem ser aduzidas para relacionar esses dois dados: em primeiro lugar, um procedimento entendido como justo pela parte, no qual ela tem a oportunidade de relatar os problemas e de ouvir a parte contrária, produz resultados mais satisfatórios e eventualmente um acordo de maior qualidade porque permite aos mediadores analisar a totalidade do conflito e os aspectos relevantes para as partes (nesse contexto, todos os entrevistados relataram que todos os aspectos que entendiam relevantes sobre o conflito foram devidamente analisados pelos mediadores). Por outro lado, ao permitir que as partes pudessem se expressar livremente e participar do processo como voz ativa, haveria uma maior fidelidade aos resultados produzidos.

Além disso, outros dois entrevistados também relataram que a mediação foi justa em razão da obtenção do acordo, e que o processo foi justo porque *“conseguiu atingir o objetivo, para que a gente conversasse, e para que a mãe da minha filha entendesse as coisas que ela fazia. E os erros que eu tava fazendo eu entendi que eram erros”*. Isso

demonstra que a percepção sobre a justiça do processo também é impactada pelos resultados obtidos na mediação.

6.4.4. Pós-mediação: impactos nos relacionamentos e nas pessoas

Dentre os vários objetivos da mediação, alguns doutrinadores asseveram que a preservação do relacionamento entre as partes é o objetivo primordial da mediação e, buscando as partes a manutenção do relacionamento, a mediação seria o mecanismo mais indicado para o tratamento do conflito. Nesse sentido, a reconciliação das partes também pode ser vista como um indicativo sobre a qualidade de uma mediação⁵⁴¹.

Entretanto, as entrevistas realizadas demonstram que a reconciliação e a preservação do relacionamento entre as partes não são facilmente verificadas após o encerramento da mediação. Em verdade, dos casos analisados, mais da metade afirmou que não falavam mais com a outra parte e sequer conversavam, com um relato de que o relacionamento havia se deteriorado:

“[...] Hoje eu não falo com a pessoa, é cada um na sua, cada um vivendo na sua parte. Até o momento está normal. O relacionamento, a pessoa que estava me prejudicando, agora não está fazendo mais”.

“[...] O relacionamento não tenho mais, não nos cumprimentamos, mas ela me respeita, cada uma na sua, cada macaco no seu galho. Eu prefiro assim. Foi uma escolha nossa”.

“[...] Na verdade, o relacionamento piorou depois da mediação. Nem converso mais com essa pessoa”.

Apenas três indivíduos destacaram que o relacionamento havia sido preservado e os canais de comunicação haviam melhorado, com relatos de que o diálogo estava se dando de maneira respeitosa:

“[...] Relacionamento melhorou. [...] Estamos tratando um ao outro com respeito, o acordo está sendo cumprido. Na medida do possível sim, vivemos em paz, não tem mais briga. [...] Conseguiu resolver o conflito,

⁵⁴¹- *“Parties’ perception regarding reconciliation is the final dimension of our qualitative evaluation model. By improving communication and collaboration between parties, mediation can help diminish the negative and destructive effects of conflicts (Walton, Cutcher-Gershenfeld, & McKersie, 1994). Studies tend to show that, even if the parties do not reach an agreement, mediation can improve the communication and exchanges between them, which would re-establish the quality of their relationship (Jafee & Cameron, 1984). Although reconciling the parties is not the primary objective, this variable is considered to be important in that the reconciled parties will be more able to work together in the future” (POITRAS, Jean.; TAREAU, Aurélia Le. Quantifying the quality of mediation agreements, Negotiation and Conflict Management Research, vol. 2, issue 4, p. 363-380, November, 2009).*

apresentar para ambas as partes os erros, e acabamos pedindo desculpa para o outro, e estamos seguindo de uma forma muito melhor”.

Ou seja, ainda que as partes tenham ficado satisfeitas com o processo de mediação e com os resultados obtidos, o restabelecimento de um relacionamento e do diálogo não se verificou na mesma medida. Isso demonstra que a satisfação das partes com os resultados da mediação não está ligada ao restabelecimento da relação, mas sim a outros fatores, tais como a obtenção de acordo ou até mesmo a cessação de eventuais incômodos. Outro ponto que surge a partir desse dado é o de que a manutenção do relacionamento é pouco decisiva na percepção das partes acerca da justiça do processo e do resultado, evidenciando que a intenção das partes ao procurarem e se submeterem à mediação é, de fato, a resolução do conflito – e não o restabelecimento do diálogo.

Em sentido semelhante, em pesquisa empírica desenvolvida por POITRAS e LE TAREAU, verificou-se que a reconciliação entre as partes não é um resultado comum na mediação. Isso porque, segundo a análise elaborada pelos autores, apenas 29% dos casos verificados resultaram em algum tipo de reparação do relacionamento, ainda que na maioria dos casos tenha sido celebrado acordo entre as partes⁵⁴².

Ainda assim, pode-se indicar que um dos fatores que contribuem para a ausência do restabelecimento do diálogo é a grau de escalonamento do conflito. Isso porque os casos submetidos à pesquisa se encontravam em um alto grau de animosidade, inclusive dando origem à comunicação de acontecimentos à delegacia de polícia responsável. Nesse cenário, ainda que seja possível a resolução do conflito, o relacionamento pode estar tão desgastado que seja impossível repará-lo.

Outra hipótese que pode justificar a baixa quantidade de casos em que houve o restabelecimento do relacionamento diz respeito à natureza do conflito: a pesquisa envolveu basicamente conflitos de vizinhança, que já encontravam um agravante penal (a instauração de termo circunstanciado), razão pela qual nessas hipóteses as próprias partes podem não se importar com uma reconciliação. Por outro lado, um dos relatos de manutenção de melhora no relacionamento deu-se em um caso envolvendo conflito de família, no qual dois indivíduos que tiveram relação amorosa que gerou uma filha, tendo

⁵⁴²- POITRAS, Jean.; LE TAREAU, Aurélia. *Quantifying the quality of mediation agreements*, Negotiation and Conflict Management Research, vol. 2, issue 4, p. 363-380, November, 2009.

sido destacado que a preservação do relacionamento foi medida adequada para evitar quaisquer prejuízos à filha do antigo casal.

Ademais, apontou-se que a mediação, em seu caráter transformativo, teria o condão de alterar as percepções das partes acerca da experiência conflituosa através do *empoderamento* e do *reconhecimento*. Entretanto, apenas metade dos entrevistados apontou uma mudança de comportamento pessoal, todos eles destacando que, após a mediação, passaram a escutar mais os demais. Ou seja, a percepção das partes acerca do *empoderamento* não foi verificada, ao passo que o *reconhecimento* foi percebido pela metade dos entrevistados.

6.4.5. Considerações finais

Para que se possa considerar a mediação como instrumento eficaz na promoção do acesso à justiça, não se pode levar em consideração apenas a porcentagem de acordos celebrados pelas partes. A análise meramente quantitativa sobre os acordos celebrados é insuficiente para demonstrar a efetividade e a qualidade da mediação implementada, pois não tem o condão de demonstrar a real pacificação das partes, a satisfação com os resultados obtidos e o procedimento justo⁵⁴³.

Nesse sentido, SANDER aponta as desvantagens de uma análise baseada apenas na celebração de acordos: (a) desvirtua a percepção sobre uma mediação bem-sucedida, pois em muitos casos, ainda que não haja acordo, as partes posteriormente acabam com o conflito de outras maneiras; (b) retira da análise as questões sobre a justiça do processo; (c) impede a verificação sobre a qualidade da mediação empregada no caso concreto; (d) deixa de lado os possíveis impactos da mediação no futuro dos litigantes, os quais podem evitar novos conflitos. A partir desses pontos, SANDER aponta que devem ser analisados outros aspectos sobre a qualidade de uma mediação, tais como a qualidade de

⁵⁴³- Nesse aspecto, POITRAS e LE TAREAU fazem uma importante demonstração acerca da ineficiência de uma análise meramente quantitativa: “*Some mediations end in an agreement, but the pressure exerted on one of the parties is such that a party might think the agreement was forced because it was signed under coercion. It is clear that, in this case, mediation leaves a bitter taste in the mouth of this party. As a result, the disappointed party may not be motivated to respect the agreement. Moreover, it is likely a latent conflict waiting to emerge at the first opportunity as the frustrated party may seek revenge. Is such an agreement a quality agreement? Can we truly consider this to be a successful mediation?*” (POITRAS, Jean. LE TAREAU, Aurelia. *Quantifying the quality of mediation agreements*, Negotiation and Conflict Management Research, vol. 2, issue 4, p. 363-380, November, 2009).

eventual acordo, a satisfação das partes com o processo e com o resultado, e o cumprimento dos acordos obtidos⁵⁴⁴.

Ao buscar evidências que amparassem os fundamentos teóricos para a ampla adoção da mediação como mecanismo para solução de conflitos, tais como a efetiva pacificação das partes, a satisfação das partes com o processo de mediação e com os resultados produzidos, a maior adequação para o tratamento de determinados conflitos, e os efeitos da prática mediativa nos conflitos e nas partes, a realização da pesquisa também foi direcionada a uma análise sobre a qualidade do próprio programa escolhido.

Nesse sentido, conforme pontua AZEVEDO, “a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário. Pode-se, portanto, considerar bem-sucedida a mediação quando o ‘sucesso’ está diretamente relacionado à satisfação das partes”⁵⁴⁵.

A satisfação das partes, entretanto, também está ligada aos aspectos técnicos adotados pelo programa de mediação. Nesse cenário, importantes questões foram identificadas a partir da verificação sobre o funcionamento do Projeto Cantareira de Mediação, tais como os critérios para a seleção dos casos a serem submetidos à mediação, a formação dos mediadores que conduziam as sessões, o respeito aos princípios que orientam a prática da mediação, a imparcialidade no tratamento entre as partes, a importância do supervisor, *etc.*

Assim, através da análise das entrevistas concedidas pelas partes que participaram da mediação e da observação *in loco* das atividades, além de serem verificados os impactos da mediação e a satisfação com o processo e o resultado, também foi possível constatar que a percepção das partes também está ligada às próprias características adotadas pelo programa de mediação. Chegou-se a destacar, nessa direção, o papel acolhedor do Promotor de Justiça, o papel desempenhado pelos mediadores, o espaço físico em que ocorria a mediação, o papel da equipe reflexiva.

POITRAS e LE TAREAU estabelecem cinco critérios para se verificar a qualidade de uma mediação, os quais incluem tanto aspectos técnicos quanto aspectos

⁵⁴⁴- SANDER, Frank E. A. *The obsession with Settlement Rates*, Negotiation Journal, October 1995, p. 329-332).

⁵⁴⁵- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual da Mediação Judicial*, 5ª ed., Brasília, CNJ, 2015, p. 126.

pessoais das partes: (a) a utilidade dos mediadores na condução das negociações; (b) a justiça do processo de mediação; (c) a satisfação com os resultados obtidos; (d) o cumprimento dos acordos obtidos; (e) a reconciliação entre as partes⁵⁴⁶.

Todos esses aspectos foram abordados através das entrevistas realizadas, que apontaram (a.1) a plena satisfação das partes com a atuação dos mediadores; (b.1) a imparcialidade na condução do processo e a possibilidade de se manifestarem durante toda a mediação; (c.1) um índice extremamente alto de satisfação com os resultados obtidos (treze entrevistados, em um total de quinze, se declararam satisfeitos com os resultados); (d.1) um índice extremamente alto de cumprimento de acordos (apenas uma entrevistada relatou um parcial descumprimento do acordo celebrado); (e.1) o reduzido número de reconciliação entre as partes submetidas à mediação.

⁵⁴⁶- POITRAS, Jean.; LE TAREAU, Aurélia. *Quantifying the quality of mediation agreements*, Negotiation and Conflict Management Research, vol. 2, issue 4, p. 363-380, November, 2009.

7. CONCLUSÕES

Conforme destacado no presente trabalho, o entendimento sobre o acesso à justiça sofre mutações com o decurso do tempo, razão pela qual os diferentes paradigmas de Estado e as alterações da sociedade acabam por moldar o entendimento sobre o tema. Atualmente, predomina uma visão sobre o acesso à justiça que busca equilibrar as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídica e igualdade formal, a partir da visão protetiva do Estado de Bem-Estar social.

Nesse contexto, os processualistas passam a se preocupar com os valores sociais e políticos do processo, que projetam seus escopos para além de sua finalidade jurídica, bem como passam a se preocupar com a adequação da técnica processual a esse novo panorama, na busca de conferir maior efetividade ao sistema processual. Grande parte dessa preocupação dos processualistas originou-se a partir da elaboração do Projeto Florença de Acesso à Justiça, responsável real pela difusão do interesse científico sobre o tema do acesso à justiça. É a partir do *movimento de acesso à justiça* que se assume a premissa de que a justiça social (distributiva) tem como princípio básico o direito de acesso à justiça, defendendo-se uma reforma de amplo espectro para possibilitar o alcance da justiça ao cidadão comum em busca da efetivação de seus direitos.

No Brasil, o tema ganha relevância a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual incluiu o direito de acesso à justiça no rol de direitos e garantias constitucionais. Com base na constitucionalização desse direito, reafirma-se o acesso à justiça como direito fundamental, visto que é justamente através do exercício desse direito que será possível ao dar concretude e tornar efetivos os direitos fundamentais previstos pela Constituição de um determinado Estado.

Dessa forma, o direito de acesso à justiça é o principal instrumento de garantia para a concretização de todos os outros direitos fundamentais constitucionais, sendo absolutamente indispensável para a efetivação de tais direitos, tornando-se o mais básico dos direitos fundamentais. Por essa razão, pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça é uma condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir efetivamente os direitos aos indivíduos, pois constitui meio essencial para conferir efetividade aos direitos positivados. Além do mais, o direito de acesso à justiça revela uma decisão e uma política fundamental da estrutura básica do Estado e da sociedade, uma vez que o direito fundamental de acesso à justiça possui íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os fundamentos do Estado democrático de direito.

Assim, o acesso à justiça constitui um objetivo fundamental do Estado democrático, que deve ter sua eficácia valorada não apenas sob o ponto de vista individual (aspecto subjetivo), mas sim sob o ponto de vista de toda a comunidade. Desse modo, o direito fundamental contém uma ordem dirigida ao Estado para que este adote medidas com o objetivo de proteger de

forma efetiva a concretização e o exercício dos direitos fundamentais⁵⁴⁷, mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas), o que implica inclusive na realização de políticas públicas estatais voltadas a efetivar o direito fundamental de acesso à justiça.

Como direito fundamental, a percepção do acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário é fundamental, muito embora tal direito não esteja limitado apenas a essa concepção. O acesso aos tribunais é corolário direto do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, o qual estabelece que todo titular de direito lesionado ou ameaçado de lesão tem assegurado a possibilidade de acessar o Judiciário para defesa de seus interesses. O acesso aos tribunais, portanto, constitui um primeiro aspecto do direito fundamental de acesso à justiça. O acesso à justiça através do mecanismo estatal, todavia, não se limita ao exame das pretensões pelo Poder Judiciário, mas também que o processo seja justo, adequado à pretensão aduzida em juízo, com tempestiva resolução do conflito submetido à apreciação pelo Estado.

Entretanto, as mudanças sociais e a ineficiência do mecanismo estatal de solução de controvérsias impulsionaram uma exigência da sociedade de um acesso à justiça direto, mais célere, mais efetivo e mais adequado ao conflito. Sendo assim, os meios alternativos de solução de conflitos ganham relevância à medida em que decaem a eficiência e o prestígio do serviço público de solução de controvérsias, que não mais é visto com credibilidade pelos cidadãos.

Nesse contexto o Conselho Nacional de Justiça foi responsável pela adoção de inúmeras políticas voltadas ao incentivo da prática da mediação e da conciliação como mecanismos de solução de disputas, culminando na edição da Resolução n. 125 do CNJ, a qual prevê que “o direito de acesso à Justiça⁵⁴⁸, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além de vertente formal perante os órgãos do Poder Judiciário, implica acesso à *ordem jurídica justa*”. Trata-se, portanto, do reconhecimento da ampliação do direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal, adotando-se o conceito difundido pelo Professor Kazuo Watanabe de acesso à ordem jurídica justa, que traduz também a necessidade de possibilitar aos jurisdicionados uma justiça adequada ao tipo de conflito.

⁵⁴⁷- “A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais (que não se confunde com os deveres fundamentais atribuídos às pessoas), encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 155).

⁵⁴⁸- De maneira acertada, Petrônio Calmon aponta um pequeno equívoco na utilização do termo “Justiça”, com a letra inicial maiúscula. Isso porque a utilização do termo Justiça denota o conjunto de órgãos judiciais, ou seja, o próprio Poder Judiciário, ao passo que a intenção da resolução era ampliar o significado do termo, referindo-se ao próprio valor de justiça (*Fundamentos da Mediação e Conciliação*, 3ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, 129).

Com base nesse novo entendimento acerca do acesso à justiça, o Código de Processo Civil de 2015 institucionalizou a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário como métodos de solução de conflitos. A institucionalização desses métodos de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário confirma uma tendência de instituir um sistema multiportas para a solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, no qual são colocados à disposição do jurisdicionado diversos mecanismos para solucionar determinado conflito.

Note-se, por outro lado, que os mecanismos alternativos ainda podem ser aplicados extrajudicialmente, conforme inclusive reconhece o Código de Processo Civil em relação à mediação e à conciliação extrajudiciais. Por essa razão, existe atualmente um sistema pluriprocessual de tratamento e resolução de conflitos, decorrente da previsão de diversos mecanismos distintos no ordenamento jurídico, permitindo também às partes a escolha do mecanismo desejado – daí o porquê de ser fundamental a efetivação do direito de informação aos jurisdicionados acerca dos diversos mecanismos colocados à sua disposição para solucionar determinado conflito.

Além disso, o direito de acesso à justiça também deve ser analisado em relação aos momentos anteriores à transformação do conflito em disputa, ou seja, nas etapas anteriores à escolha do mecanismo mais adequado para solução de disputas. Trata-se de superar eventuais óbices financeiros, informacionais, culturais e sociais que impedem que determinado indivíduo procure os canais de solução de controvérsias. Nesse sentido, os mecanismos alternativos de solução de disputas (especialmente os mecanismos consensuais), pelas suas próprias características de informalidade, de busca pela solução consensual e menores custos econômicos e sociais, são mecanismos que também tem o condão de impactar na litigiosidade contida, permitindo ao cidadão que reclame perante os órgãos responsáveis a resolução de determinado conflito.

Portanto, os mecanismos alternativos constituem novas e necessárias portas para o encaminhamento de disputas, que viabilizam o ingresso de novas disputas que poderiam estar reprimidas, ou até mesmo disputas que sequer poderiam ser apreciadas pela via estatal, razão pela qual devem ser vistos como instrumento de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Apesar disso, tem-se difundido a ideia de utilizar os mecanismos alternativos como filtros de acesso ao Poder Judiciário, principalmente em razão da crise pela qual passa o sistema estatal de solução de conflitos. Entretanto, a real justificativa para adoção desses métodos deriva da necessidade da análise qualitativa da composição do conflito, ou seja, a adequação da tutela jurisdicional a ser prestada ao caso concreto.

Por isso, não se deve incentivar a adoção de mecanismos alternativos com vistas apenas desafogar o Poder Judiciário ou utilizá-los apenas como filtro ao ajuizamento de demandas. Exigir a anterior submissão do conflito a algum mecanismo alternativo de solução de controvérsia

como condição para o processamento do processo judicial – ainda que não seja interesse de todas as partes - acaba por violar o direito de acesso à Justiça, tratando-se, portanto, de um obstáculo ilegítimo ao direito das partes.

Para se possa analisar a adequação de determinado mecanismo de solução de conflitos, deve-se levar em conta a natureza do conflito, a relação existente entre as partes, a intenção de se preservar ou não a confidencialidade, a existência de interesse público, a celeridade e os custos envolvidos no processo, a intenção de se gerar ou não um precedente, intenção sobre a manutenção do relacionamento, a flexibilidade procedimental, a exequibilidade da solução, os custos emocionais na composição do conflito, *etc.*

Portanto, a escolha de um dos métodos de resolução de controvérsias disponíveis aos operadores do direito depende, em regra, da análise do conflito sociológico existente entre as partes, conceituado como o processo interrelacional que se dá entre duas ou mais partes, no qual predominam as relações antagônicas expressadas através de suas ações, pensamentos, afetos e discursos.

A partir da teoria do conflito, identificou-se que o acesso à justiça também deve ser analisado nos estágios iniciais anteriores à disputa e à escolha do órgão para solução da controvérsia. Nesse sentido, os mecanismos alternativos de solução, ao buscarem proporcionar aos cidadãos meios de acesso mais simplificados à justiça, têm impactos positivos em relação ao acesso à justiça – ao buscar informar o cidadão acerca das características dos mecanismos de solução de conflitos, proporcionando um meio mais célere, menos custoso e mais adequado ao conflito. Supera-se, portanto, a análise de que o acesso à justiça está ligado apenas aos litígios submetidos ao poder Judiciário, evidenciando que essa temática está presente a partir dos estágios iniciais do conflito.

As percepções acerca do conflito mostram-se relevantes principalmente para a mediação, visto que tal mecanismo exige que o mediador saiba identificar os padrões de conflito, os interesses das partes e as variáveis existentes, para a aplicação de ferramentas aptas a tratar o conflito adequadamente.

A partir do entendimento sobre o acesso à justiça e a necessidade de se considerar também o próprio conflito como relevante elemento do direito de acesso à justiça, buscou-se analisar de que maneira a mediação impactava na relação entre as partes com vistas a proporcionar o direito de acesso à justiça.

Inicialmente, definiu-se a mediação como mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos, pelo qual um terceiro imparcial auxilia as partes a lidarem, de maneira colaborativa, com a relação existente e o conflito estabelecido, eventualmente culminando na celebração de um acordo, através do reestabelecimento de canais produtivos de comunicação. Entretanto, não há uniformidade de entendimento sobre a mediação, cuja diferença de pensamentos e de postura decorre, primordialmente, dos diferentes objetivos que cada escola de pensamento visa a alcançar de maneira prioritária.

A análise dessas diferentes perspectivas revela que cada uma delas diverge em relação à descrição da mediação, ou seja, o que o campo da mediação já produziu e quais são suas características principal hoje em dia; e divergem, também, sobre aquilo que a mediação deve ter por foco a partir de hoje, e quais os objetivos principais a serem alcançados pela mediação. A existência dessas diversas perspectivas demonstra que há diferentes modos de aplicar a mediação, com diferentes e variados impactos nos conflitos.

Sobre os impactos da mediação nos conflitos em busca do acesso à justiça, identificou-se que para a Escola de Harvard a obtenção do acordo é o aspecto primordial da mediação, razão pela qual os principais impactos que esse modelo acaba por gerar no conflito são decorrentes das táticas adotadas pelo mediador para auxiliar as partes a chegarem na solução consensual do conflito, afastando os impedimentos vividos pelas partes e que impedem a celebração do acordo.

Já para a Escola Transformativa, os impactos mais relevantes da mediação em busca do acesso à justiça referem-se às alterações na qualidade da interação das partes, incentivando-se o *empoderamento* e o *reconhecimento*, pelos quais as pessoas passam a entender seu próprio valor e sua capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com problemas, e reacendem a sensibilidade do indivíduo para conhecer a situação e a visão do outro. Assim, a conexão relacional e a capacidade de transformar a interação das pessoas são elementos centrais do modelo transformativo.

Ou seja, no processo de mediação transformativa, o grande impacto da mediação é incentivar as partes a repactuar com seus sentimentos de competência e conexão, e reverter o ciclo negativo do conflito, restabelecendo uma interação construtiva e seguir em frente com sua vida, com o auxílio do mediador.

Entretanto, outro fator importante para a análise dos impactos da mediação nos conflitos é o estágio em que se encontra o conflito, que constitui um elemento a ser considerado para o correto emprego de técnicas mediativas adequadas ao caso concreto (seja para se alcançar a celebração do acordo, seja para propiciar alterações positivas significantes no conflito e no relacionamento entre as partes). Ainda assim, a mediação pode ser utilizada em qualquer momento, naturalmente variando-se as técnicas a serem empregadas de acordo com os interesses das partes e com o estágio de conflito, os quais demonstram momentos mais ou menos propícios para a prática mediativa.

Portanto, analisando conjuntamente os impactos das diferentes escolas no conflito, pode-se afirmar que a adoção da mediação como instrumento de acesso à justiça tem como fundamento, além de sua adequação a determinados tipos de conflitos, (i) a possibilidade de resolver os conflitos com o menor dispêndio de recursos, tanto econômicos quanto emocionais para a parte, através da celebração de acordos de uma maneira satisfativa e eficiente; (ii) a possibilidade de

resolução do conflito através de acordos baseados nos interesses das partes, de forma a maximizar os benefícios obtidos pelas partes pela solução do conflito e dar maior durabilidade ao consenso obtido; *(iii)* a possibilidade de ser reparado o relacionamento existente entre as partes, trazendo como consequência ainda uma maior coesão social dentro de uma comunidade; *(iv)* as mudanças na interação do conflito através do empoderamento e do reconhecimento, auxiliando as partes a lidarem com seus próprios conflitos (sejam eles remanescentes do passado, presentes ou futuros).

Como o escopo de analisar os fundamentos teóricos abordados no presente trabalho, foi realizada pesquisa empírica destinada a comprovar ou desmentir se prática da mediação constitui instrumento de acesso à justiça, e de que modo a mediação gera impactos nos conflitos que são submetidos a ela. Através da realização de entrevistas semiestruturadas com indivíduos que participaram da mediação no Projeto Cantareira, verificou-se uma ampla satisfação das partes com a mediação e com os resultados da mediação, especialmente com a atuação dos próprios mediadores – o que pode ser explicado pelo treinamento ao qual são submetidos e pela preocupação da supervisora em relação aos atendimentos.

Além disso, através da análise das entrevistas realizadas pode-se identificar a importância de uma triagem adequada para a submissão de conflitos à mediação, com vistas a identificar os conflitos que são indicados para solução através da mediação. Ademais, ao ser verificada a ampla satisfação das partes ao se submeterem à mediação, corroborou-se que em caso de conflitos continuados a mediação é instrumento que confere resultados satisfatórios e proporciona acesso à justiça às partes, seja em razão de seu resultado, seja em razão da justiça do processo.

Entretanto, as entrevistas realizadas demonstram que a reconciliação e a preservação do relacionamento entre as partes não são facilmente verificadas após o encerramento da mediação. Ou seja, ainda que as partes tenham ficado satisfeitas com o processo de mediação e com os resultados obtidos, o restabelecimento de um relacionamento e do diálogo não se verificou na mesma medida. Isso demonstra que a satisfação das partes com os resultados da mediação não está ligada ao restabelecimento da relação, mas sim a outros fatores, tais como a obtenção de acordo ou até mesmo a cessação de eventuais incômodos.

Conclui-se a partir da pesquisa empírica e do trabalho teórico desenvolvido no presente trabalho que a mediação, para ser entendida como instrumento que confere acesso à justiça às partes (seja em razão da sua maior adequação para a análise de determinados tipos de conflito, seja pela pacificação social que proporciona), exige também o emprego de técnicas mediativas adequadas por parte dos programas de mediação (que podem variar em virtude dos elementos e das características do conflito) e a análise da solução dada para cada caso, até mesmo porque uma mediação de baixa qualidade em regra não proporcionará justiça (aos olhos dos jurisdicionados) e pacificação social.

8. BIBLIOGRAFIA

ABEL, Richard L. *The contradictions of informal justice, The politics of informal justice: the American experience*. 270-272, 1982.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*, 2ª ed., Max Lemonad, 1999

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Vírgilio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2014.

ALFINI, James. J. et al. *Mediation theory and practice*. LexisNexis, Newark, 2001.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. *O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos*. In: WALD, A. (org.), *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo, RT, 2014.

ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*. 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003.

ALVES, Catarina Bezerra; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem em Pernambuco – uma análise de sua efetividade à luz do novo enfoque de acesso à justiça*. Revista de Processo, vol. 211/2012, p. 317.

ALVIM, Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Revista Eletrônica Jus Navigandi, Teresina/PI, ano 8, n. 65, mai. 2013.

ALZATE, R. *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*. Bilbao, Universidade del País Vasco, 1998.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Libraria Almedina, 1987.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

ARIOLA, Luca. *Compendio di Diritto processuale Civile*. XVII edizione, Simone, 2012.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, São Paulo, RT, 2015.

AUERBACH, Jerold S. *Justice without law? Resolving disputes without lawyers*. New York, Oxford University Press, 1983.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial*. 4ª ed., Brasília, 2013.

_____. *Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista*. In: SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009.

BARBOSA, Aguida Arruda. *Composição da historiografia da mediação: instrumento para o direito de família contemporâneo*. Revista Direitos Culturais, v. 2, n. 3, dez. 2007.

BERCOVITCH, Jacob. *Mediation success or failure: a search for the elusive criteria*. 7 Cardozo J. Conflict Resol. 289, 2005-2006.

BARENDRECHT, Maurits; MULDER, José; GIESEN, Ivo. *How to measure the price and quality of access to justice?* November 2006, disponível em <http://www.ivogiesen.com/media/1038/access_to_justice_2006_ssrn.pdf>

BERIZONCE, Roberto O. *O efectivo acceso a la justicia. Proposta de um modelo para el Estado Social de Derecho*. La Plata, LEP, 1987.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. C. N. Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. *Igualdade e Liberdade*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

BRAGA NETO, Adolfo. *Marco legal da mediação – Lei 13.140/2015 – comentários iniciais à luz da prática brasileira*, Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 47/2015, out.-dez. 2015.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo, Brasiliense, 2007, p. 31.

BRANDONI, Florência. *Construcción de calidad en el ejercicio del mediador*. In: *Mediación: hacia una mediación de calidad*. Buenos Aires, Paidós, 2011.

BRAZIL, Wayne D. *Why should courts offer non-binding ADR services?* 16 Alternatives 63, 75, 1998.

_____. *Court ADR 25 Years after Pound: have we found a better way*. 18 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 93, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 1. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco, Jossey-Bass, 2005.

BUSH, Robert A. Baruch; POPE, Sally Ganong. *Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformative mediation*. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, n. 69, p. 83, 2002-2003.

CAIVANO, Roque. J.; GOBBI, Marcelo.; PADILLA, Roberto. E. *Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

CAMEJO FILHO, Walter. *Garantia do acesso à justiça*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição, Rio de Janeiro*, Forense, 2004.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP, n. 21, São Paulo, mar.-abr. 1994.

_____. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros, 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1979, v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*. In: Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan.-fev. 2008, Forense, p. 209-224.

_____. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, vol. 61, p. 144, jan. 2011.

_____. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça*. Revista de Arbitragem e mediação, vol. 41, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à Justiça*. Curitiba, Juruá, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de. (org.), *Manual da Mediação Judicial*. 5ª ed., Brasília, CNJ, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 3, Brasília, Grupos de Pesquisa, 2004.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 38-68, 2016.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro, IPEA, 2013.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. *Juizado especial: criação, funcionamento e democratização do acesso à justiça*. São Paulo, Saraiva, 2008.

CURRIE, Ab. *The legal problems of everyday life*. In: SANDEFUR, R. L. (ed.). *Access to Justice*. Wagon Lane, Emerald Jai, 2009.

CURY, Cesár Felipe. *Mediação*. In: ZANETTI JÚNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador, Juspodvm, 2016.

DELANEY, Marie; WRIGHT, Ted. *Plaintiff's Satisfaction with dispute resolution processes: Trial, Arbitration, Pretrial Conference and Mediation*. Justice Research Centre, January, 1997.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 111.

_____. *Técnicas de conciliação e mediação*. In: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo revolução na prestação jurisdicional* São Paulo, Atlas, 2008.

DEUSTCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven, Yale University Press, 1973.

_____. *Prefácio à obra de Jay Folberg e Alison Taylor, Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, USA, 1984.

DIAS, José Carlos de Mello. *A mediação vista como forma de pacificação de conflitos*. In: SALLES A. de (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. 1, Salvador, JusPodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo *Teoria Geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo, RT, 1986.

_____. *Tutela jurisdicional, fundamentos do processo civil moderno*. t. II, 3ª ed. 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *A Instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

DOBINSON, Ian; JOHNS, Francis. *Qualitative Legal Research*. In: MCCONVILLE, Michael., CHUI, Wing Hong. *Research Methods for Law*. Edinburgh University Press, 2007.

DUARTE, Guilherme Jardim. *Enxergando o boom da pesquisa empírica em direito no Brasil*. Publicado em 1.11.13, disponível em <<https://sociaismetodos.wordpress.com/2013/11/01/enxergando-o-boom-da-pesquisa-empirica-em-direito-no-brasil/>>

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora, 2007.

ENTELMAN, Remo. F. *Teoría de conflictos: hacia um nuevo paradigma*. Barcelona, Gedisa, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Problemi e prospettive del processo civile*, in. *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984

FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...* Law and society review, vol. 15, n. 3/4.

FIORELLI, José Osmir. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo, Atlas, 2008.

FIORELLI, José Osmir et al. *Psicologia na mediação. Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo, LTR, 2004.

FISHER, Roger; URY, William.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005.

FISS, Owen M. *Against settlement*. 93 Yale L.J., 1984.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984.

FOLBERG, Jay et al. *Resolving Disputes – theory, practice and law*. Aspen Publishers, New York, 2005.

FONSECA, João José Saraiva da. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza, UEC, 2002, p. 32, disponível em <<http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>>

FRADE, Catarina. *A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003.

FREEDMAN, Lawrence R.; PRIGOFF, Michael L. *Confidentiality in mediation: the need for protection*. 2 Ohio St. J. Disp. Resol., 196, p. 37-38, 1986.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*. In: Revista do Advogado, Ano XXXIV, n. 123, p; 11-18, ago. 2014.

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

GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015.

_____. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Law and society review. Vol. 9, 1974.

_____. *Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*. Denver University Law Review, Spring, 1989, vol. 66(3).

_____. *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts*. Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, Issue 3, 459-570, Nov. 2004.

_____. *The hundred year decline of trials and The Thirty Years War*. Stanford Law Review, v. 57, n. 1255, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo, Atlas, 2008.

GOLANN, Dwight., AARON, Marjorie Corman. *Mediating legal disputes: effective strategies for lawyers and mediators*. Little, Brown, 1996.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformações das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRAMATIKOV, Martin. *Methodological Challenges in Measuring Cost and Quality of Access to Justice*. Tisco Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, Month 10, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo, Forense Universitária, 1990.

_____. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. GRINOVER, Ada Pelegrini.; WATANABE, Kazuo. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

_____. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*. vol. 6, p. 1.017, set. 2014.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. (org.). *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre, editora da UFRGS, 2009.

GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution – negotiation, mediation and other processes*. 5ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo, Atlas, 2015.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo, Atlas, 2016.

ISHAY, Micheline R. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. Berkeley, University of California Press, 2008.

JOHNSON & JOHNSON, apud BOARDMAN Susan. K.; HOROWITZ, Sandra. *Constructive Conflict Management and Social Problems: An introduction*. Journal of Social Issues, New York, vol. 50, n. 1, 1994.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. In: *Revista de Estudos Históricos, Fundação Getúlio Vargas*, v. 9, n. 18, 1996, p. 389-402.

KOVACH, Kimberly K.; LOVE, Lela P. *Evaluative mediation is an Oxymoron*, Alternatives to the High Cost of Litigation, 31, mar/1996.

_____. *Mapping mediation: the risks of riskins's grid*, 3 Harv. Neg. L. Rev. 71, 1998.

KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*. 3ª ed., Thomson West, 2004.

KRESSEL, Kenneth.; PRUITT, Dean G. (Eds.). *Mediation research: The process and effectiveness of third party intervention*. San Francisco, CA, Jossey-Bass, 1989.

LEITE JÚNIOR, Francisco Roberto Pinto. In: ANDRADE, Mariana Dionísio de. *Acesso à justiça: textos em homenagem à Maria Tereza Sadek*. 2ª ed., Florianópolis, Conceito Editorial, 2013.

LEVIN, Murray S. *The propriety of evaluative mediation: concerns about the nature and quality of an evaluative opinion*. 16 Ohio St. J. on Disp. Resol., 267, 2001.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O que é pesquisa em direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. *A mediação como forma alternativa de solução de conflitos*. In: Arnold Wald (org.). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo, RT, 2014.

LOVE, Lela P. *The top ten reasons why mediations should not evaluate*, Florida State University Law Review, 24 (4), 1997.

LUCAS, Douglas Cesar. *A crise funcional do estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: MORAIS, J. L. B. de (org.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

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

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo, RT, 2009.

_____. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A eficácia do direito fundamental à tutela efetiva sobre o juiz e as partes*. In: LEITE, George Salimão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONEL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador, Juspodivm, 2011.

MARTINS, Joel; BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. *A pesquisa qualitativa em psicologia*. São Paulo, Moraes, 1994.

MURAYAMA, Masayuki. *Experiences of problems and disputing behavior in Japan*. Meiji law Journal, 14, p. 1-59.

MATHER & YNGVESSON. *Language, Audience and the Transformation of disputes*. 15 Law & Society rev. 775, 1981.

MATOS, Márcio. *Os desafios a serem enfrentados para implementar a pesquisa empírica em direito*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/38011/os-desafios-a-serem-enfrentados-para-implementar-a-pesquisa-empirica-no-direito>>

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba, Juruá, 2009.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador, Juspodivm, 2016.

MCADOO, Bobbi; WELSH, Nancy; WISSLER, Roselle. *Institucionalization: what do empirical studies tell us about Court Mediation?* Dispute Resolution Magazine, vol. 9, 2003.

MELLO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnoldo. (org.). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. São Paulo, RT, 2014.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. *The transformation of disputes by lawyers: That the dispute paradigm does and does not tell us*. Journal of Dispute Resolution, vol. 1985.

_____. *Roots and Inspirations – A brief history of the foundations of dispute resolution*. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (ed.), San Francisco, Jossey-Bass, 2005.

_____. *The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world*, William and Mary Law Review, oct. 1996, vol. 38(1), p. 5-44

_____. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros, 2010.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. et al. *Dispute resolution: beyond the adversarial mode*. New York, Aspen Publishers, 2005.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame*. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, São Paulo, RT, 2005.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 29ª ed., Petrópolis, Vozes, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Mediação penal interdisciplinar: apresentação do projeto*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar>

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1960, t. IV.

MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione forzata*. Disponível no endereço <<http://judicium.it>>

MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 3ª ed., San Francisco, CA, Jossey Bass, 2003.

MOORE, Christopher W. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona, Granica, 1995.

_____. *O processo de mediação*. 2ª ed., Porto Alegre, ArMed, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2010.

MUÑOZ, Helena Soletto. *La mediación conectada com los tribunales*. In: MUÑOZ, H. S. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid, Tecnos, 2013.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

NERI, Marcelo Côrtes. *Em apresentação à obra Pesquisa empírica em direito*, (coord.) CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Rio de Janeiro, IPEA, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed., RT, São Paulo, 2010.

NOBRE, Marcos. *O que é pesquisa em direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

NOCE, Dorothy J. Della. *Ideologically Based Patterns in the Discourse of Mediators: A Comparison of Problem Solving and Transformative Practice*. Ann Arbor, Michigan, UMI Dissertation Services, 2002.

NOLL, Douglas E. *A theory of mediation*. Dispute resolution Journal, v. 56, n. 2, p. 78-84, mai.-jul. 2001.

NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

OTERO, Paulo. *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*. Lisboa, LEX, 1995.

PANTOJA, Fernanda Medina. In: *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo, LTR, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: Ada Pellegrini Grinover et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. *O direito de acesso à justiça – os rumos da efetividade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 49, p. 154, out. 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015*. Revista de Processo, vol. 254/2016, p. 17-44, abr. 2016.

_____. *O histórico da lei de mediação brasileira: do projeto de lei 94 à lei 13.140/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46/2015, jul.-set. 2015.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. *O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício de papéis*. Revista do Advogado, n. 62, p. 64-71, São Paulo, mar. 2001.

PEARSON, Jessica. *Family Mediation*. In: National Symposium on Court-Connected Dispute Resolution Research, a Report on Current Research Findings – Implications for Courts and Future Research Needs, Washington D.C., State Justice Institute.

POITRAS, Jean.; LE TAREAU, Aurélia. *Quantifying the quality of mediation agreements, Negotiation and Conflict Management Research*. vol. 2, issue 4, p. 363-380, nov. 2009.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. *A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade*. In: FUX, Luiz.; NERY JÚNIOR, Nelson.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006.

RAHIM, M. Afzalur. *Managing conflict in organizations*. 3ª ed., Quorum Books, Westport, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz. *Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 36, ano 9, jul.-set. 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona, Paidós, 2004.

RHODE, Deborah L. *In the interest of justice: reforming the legal profession*. New York, Oxford University Press, 2000.

RISKIN, Leonard L. *Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed*. Harvard Negotiation Law Review, vol. 7, 1996.

_____. *Retiring and replacing the grid of mediators orientations*, 21 Alt. to High Cost Litg. 69, 74, April 2003).

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. Londres, Cambridge, 2009.

RUBIN, Jeffrey Z.; PRUITT, Dean G.; KIM, Sung He. *Social Conflict: escalation, stalemate, and settlement*. 2ª ed., Mcgraw-Hill, 1994.

SÁ E SILVA, Fábio de. *Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan. 16.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público*. São Paulo, RT, 2003.

_____. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz (coord.) et al. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. 1976.

_____. *The obsession with Settlement Rates*. Negotiation Journal, Oct. 1995, p. 329-332.

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen. B. *Fitting the forum to the fuss: a user friendly guide to selecting an ADR procedure*. Negotiation Journal, v. 10, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed., São Paulo, Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais*. In: GOMES NETO, J. M. W. (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, Juspodivm, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARMENTO, Daniel.; SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SCHELLENBERG, James. A. *Conflict resolution: theory, research, and practice*, State University of New York Press, Albany, 1996.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo, Método, 2012.

SUARES, Marinés. *Mediação: condução de disputas, comunicação y técnicas*. 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008.

_____. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis, Habitus, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v. 1, Florianópolis, Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo, RT, 1988.

_____. *Modalidade de mediação*. Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2002.

_____. *Modalidade de mediação*. In: DELGADO, José. et al. (coord.), *Mediação: um projeto inovador*. Brasília, Centro de Estudos Judiciários – CJF, 2003

WELSH, Nancy. A. *Making deals in Court-Connected Mediation: What's Justice got to do with?* Wash. U.L.Q, vol. 79, 2001.

WISSLER, Roselle L. *The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts*. 33 Willamette L. Rev. 565, 1997.

XAVIER, José Roberto Franco; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (ed.). *Revista de estudos empíricos em direito*, vol. 1, n. 1, jan-14.

YARN, Douglas. H. *Dictionary of conflict resolution*. Jossey-Bass, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, coord.. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador, Juspodivm, 2016