

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Flávio Croce Caetano

**A mediação no contexto filosófico-jurídico do direito à justiça:
A experiência brasileira**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo
2021

Flávio Croce Caetano

**A mediação no contexto filosófico-jurídico do direito à justiça:
A experiência brasileira**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito - Filosofia do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

São Paulo
2021

Flávio Croce Caetano

**A mediação no contexto filosófico-jurídico do direito à justiça:
A experiência brasileira**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito - Filosofia do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.^a Dr.^a Marcia Cristina de Souza Alvim
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.^a Dr.^a Cláudia Elisabete Schwerz
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Silvio Gabriel Serrano Nunes
Escola Superior do Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Prof. Dr. Flávio de Leão Bastos Pereira
Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Aos meus pais, Maria Elisa e José Salvador
Por me fazerem, fruto do seu amor**

**À Andréa,
Por fazermos a Bruna, fruto do nosso amor**

“Eu sou porque nós somos”
Ubuntu

AGRADECIMENTOS

Uma tese de doutoramento, além do trabalho acadêmico produzido, traz em si a trajetória de quem a elaborou e de seus encontros estimulantes ao longo da vida.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, amigo e conselheiro, Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, que me orientou no trajeto, sempre apontando caminhos fascinantes a serem trilhados, com o brilhantismo e a agilidade de raciocínio que o caracterizam, em suas convicções jurídicas, humanistas e democráticas.

As Professoras Dras. Cláudia Elisabete Schwerz e Márcia Cristina Souza Alvim, agradeço pelas sábias ponderações e críticas no Exame de Qualificação, que tanto colaboraram para o aperfeiçoamento do trabalho. E pela convivência sempre muito generosa.

Aos Professores Flávio de Leão Bastos Pereira e Silvio Gabriel Serrano Nunes, meu profundo agradecimento pela honra de terem integrado a banca de examinadores, assim como aos suplentes, Profa. Dra. Márcia Pelegrini e Prof. Dr. Fernando Hideo Lochida Lacerda.

Às pesquisadoras Nathalia Penha Cardoso de França, pela inestimável cooperação no trabalho de pesquisa e na revisão final do texto, e Aline Nóbile, pelo auxílio na pesquisa sobre o processo legislativo da Lei de Mediação.

Ao Prof. Dr. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, fraterno amigo, pelo sincero apoio, pelos conselhos sempre preciosos e precisos e por sua solidariedade.

À Eroy Aparecida Silva, que tanto colaborou nos momentos mais críticos e tormentosos.

À Dilma Rousseff e José Eduardo Cardozo, queridos amigos, por confiarem em meu trabalho na condução da Secretaria de Reforma do Judiciário e em nossos projetos de mediação de conflitos.

À Luiza Erundina de Sousa, pela confiança e amizade de sempre e pela utopia compartilhada. Exemplo de vida.

A toda equipe da Secretaria de Reforma do Judiciário, aqui representada pela querida amiga Kelly Oliveira de Araújo, pelo incansável empenho e extrema dedicação para que fossem possíveis a aprovação da Lei de Mediação, a instalação da ENAM - Escola Nacional de Mediação e Conciliação, da ENAJUD - Estratégia Nacional de Não-Judicialização, das Casas de Direito e dos Núcleos de Justiça Comunitária, do Atlas Nacional do Acesso à Justiça e do CEJUS - Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, dentre outras iniciativas.

Às amigas Tania Almeida e Eva Jonathan, que irradiaram em mim a sua paixão pela mediação.

À Pontifícia Universidade Católica e seus professores(as), estudantes e funcionários(as), que formam a minha segunda família: só sou o que sou porque somos filhos da PUC! Rendo uma homenagem muito especial e carinhosa aos saudosos Lúcia Valle Figueiredo e Antônio Carlos Malheiros. E à FUNDASP, pela concessão parcial de bolsa de estudos.

Ao Eduardo Gorga Ribeiro de Moraes, amigo de fé e irmão camarada, pelas palavras certas nas horas certas.

À família Caetano e à família Croce, aos de hoje e aos de ontem, em especial à minha irmã Taís, a meus afilhados Olívia, Pedro e Dionísio, a meus padrinhos Zaíra e Augusto, aos compadres Lurdoça e Justão, à tia Lucy e aos avós Ana, Emília e Joaquim, por tudo o que somos juntos.

RESUMO

A mediação, enquanto método de solução de controvérsias não-adversarial, fora dos quadros clássicos de litígio judiciário, representa a realização de justiça, em seu conceito constitucional, quando analisada pelas lentes da filosofia do direito e da definição rawlsiana de justiça. Através do método hipotético-dedutivo, esta tese examina o instituto da mediação através do conceito de justiça e do paradigma constitucional e legal do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto investiga-se a genealogia e as mudanças históricas do instituto da mediação, sua compreensão pela comunidade internacional, a previsão normativa ao longo do tempo no Brasil, o conceito de justiça, e, por fim, verifica-se a relação entre mediação e justiça perante a Constituição Federal, a legislação recente e a efetividade da implementação do instituto. Aproximamo-nos, portanto, da consideração da mediação, enquanto parte da justiça do diálogo, como modalidade democrática de concreção da justiça nos termos constitucionais.

Palavras-chave: Mediação, Justiça, Constituição, Democracia.

ABSTRACT

Mediation, as a non-adversarial dispute settlement method, outside the classical framework of judicial litigation, represents the realization of justice, in its constitutional concept, when analyzed through the lens of the philosophy of law and the Rawlsian definition of justice. Through the hypothetical-deductive method, this thesis examines the institute of mediation through the concept of justice and the constitutional and legal paradigm of the Brazilian legal system. To this end, the genealogy and historical changes of the institute of mediation are investigated, its understanding by the international community, the normative prediction over time in Brazil, the concept of justice, and, finally, the relationship between mediation and justice before the Federal Constitution, as well as recent legislation and the effectiveness of the institute's implementation. We approach, therefore, the consideration of mediation, as part of dialogical justice, as a democratic form of concretization of justice in constitutional terms.

Key-words: Mediation, Justice, Constitution, Democracy.

RÉSUMÉ

La médiation, en tant que méthode non contradictoire de règlement des différends, en dehors du cadre classique du contentieux judiciaire, représente la réalisation de la justice, dans son concept constitutionnel, lorsqu'elle est analysée à travers le prisme de la philosophie du droit et de la définition rawlsienne de la justice. Par la méthode hypothético-déductive, cette thèse examine l'institut de médiation à travers le concept de justice et le paradigme constitutionnel et juridique du système juridique brésilien. À cette fin, la généalogie et les changements historiques de l'institut de médiation sont étudiés, sa compréhension par la communauté internationale, la prédiction normative dans le temps au Brésil, le concept de justice et, enfin, la relation entre médiation et justice devant la Constitution, la législation récente et l'efficacité de la mise en œuvre de l'institut. Nous abordons donc la réflexion sur la médiation, dans le cadre de la justice dialogique, comme une forme démocratique de concrétisation de la justice en termes constitutionnels.

Mots-clés: Médiation; Justice, Constitution, Démocratie

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I: O INSTITUTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO	13
CAPÍTULO 1: ASPECTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO	13
1.1 A etimologia da palavra “mediação”	13
1.2 Idade Antiga	14
1.3 Idade Média	19
1.4 Idade Moderna	22
1.5 Idade contemporânea	26
1.6 Conceito de mediação	29
1.7 Teoria do Conflito e mediação	31
1.8 As Escolas ou modelos de mediação	34
CAPÍTULO 2: A MEDIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E NO DIREITO COMPARADO	43
2.1 A mediação no âmbito das relações internacionais	43
2.1.1 ONU.....	44
2.1.2 OEA	50
2.1.3 União Europeia	53
2.1.4 Sistemas regionais de proteção de direitos humanos.....	56
2.1.5 Convenção de Singapura.....	60
2.1.6 Modelos UNCITRAL e Banco Mundial.....	63
2.2 A mediação no direito comparado	66
2.2.1 Estados Unidos da América.....	66
2.2.2 Inglaterra.....	70
2.2.3 Portugal.....	73
2.2.4 Argentina.....	75
PARTE II: A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	78
CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	78
3.1 A Constituição do Império de 1824	78

3.2	As Constituições da República até 1988.....	80
3.3	O Código de Processo Civil de 1939.....	85
3.4	O Código de Processo Civil de 1973.....	85
CAPÍTULO 4: O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO BRASIL.....		88
4.1	A atual Constituição da República de 1988.....	88
4.2	Projeto de Lei n. 4827, de 1998, de autoria da então Deputada Federal Zulaiê Cobra.....	91
4.3	Substitutivo apresentado pelo então Senador Pedro Simon.....	92
4.4	II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.....	94
4.5	A Resolução CNJ 125/2010.....	95
4.6	O Código de Processo Civil de 2015.....	98
4.7	Processo legislativo de aprovação da Lei nº 13.140/2015.....	100
CAPÍTULO 5: ELEMENTOS CONFORMADORES DA LEI Nº 13.140/2015.....		107
5.1	Ideário da Lei.....	107
5.2	Conceito legal de mediação.....	108
5.3	Objeto da mediação.....	111
5.4	Quem pode mediar.....	113
5.5	Princípios da mediação.....	114
5.6	Mediação judicial.....	115
5.7	Mediação extrajudicial.....	117
5.8	Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.....	118
5.9	Disposições finais.....	119
PARTE III: A MEDIAÇÃO NO CONTEXTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DO DIREITO À JUSTIÇA.....		120
CAPÍTULO 6: UMA CONCEITUAÇÃO DE JUSTIÇA.....		120
6.1	Conceito clássico de justiça.....	120
6.2	Conceitos moderno e contemporâneo de justiça.....	126
6.3	O conceito de justiça no Pós-Guerra.....	131
6.4	Constituição da República de 1988 e a constitucionalização do conceito de justiça.....	141

CAPÍTULO 7: MEDIAÇÃO: UMA NOVA JUSTIÇA?.....	151
7.1 Democracia, justiça e mediação.....	151
7.2 Justiça Adjudicatória, Justiça do Diálogo e Mediação.....	155
CAPÍTULO 8: A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO NO BRASIL.....	160
8.1 Impacto da Lei de Mediação.....	160
8.2 Agenda 2030 da ONU e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16.....	165
8.3 A Justiça do Diálogo como modelo.....	167
CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS.....	179

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento em filosofia do direito tem por objetivo fundamental analisar o recente instituto da mediação de conflitos à luz do conceito jurídico-filosófico de justiça e sua constitucionalização em nosso país, tendo como desafio principal a resposta a duas questões principais: a mediação integraria o conceito de justiça? E em caso positivo, seria a mediação uma modalidade ou espécie de justiça?

Para tanto, o trabalho acadêmico encontrar-se-á dividido em três grandes partes, com subcapítulos temáticos.

De início, a primeira parte será dedicada ao instituto da mediação, desde a etimologia do termo, até a sua origem na história da humanidade, percorrendo as idades históricas, assim como examinando o instituto no direito internacional e no direito comparado, em diferentes países com sistemas jurídicos bem diferenciados.

A segunda parte do estudo terá ênfase na análise da mediação no direito brasileiro, partindo desde os primórdios de nossa primeira Constituição do Império até chegarmos a atual Constituição da República, o novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação.

Por derradeiro, a terceira e última parte estará destinada a focar o conceito filosófico de justiça, percorrendo as várias teorias existentes, e a partir daí, buscar extrair o conceito de justiça decorrente da Constituição da República de 1988 e analisar se o instituto da mediação de conflitos afronta, complementa ou se integra ao dito conceito, indagando e buscando responder se estar-se-ia diante de uma nova modalidade ou espécie de justiça.

Em últimas palavras, como desafio final, partir-se-á para a reflexão sobre o futuro da mediação de conflitos em nosso país, identificando obstáculos relevantes a serem superados em prol de uma justiça mais acessível, democrática e dialógica.

PARTE I: O INSTITUTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO

A pesquisa inicial do presente trabalho consiste em analisar a mediação enquanto definição cujo sentido é condicionado à história e à geopolítica. Por isso, a Parte I trata da origem do termo “mediação”, suas previsões, em diversas formas, ao longo da história, perpassando as Idades Antiga, Média, Moderna e Contemporânea, a relação entre teoria do conflito e mediação, e discutindo o impacto das chamadas Escolas de Mediação.

Além disso, avalia-se a previsão e a efetiva utilização da mediação no âmbito internacional e comparado, nos diversos sistemas jurídicos: universal, regional, nacional e local, tomando por base a importância e o alcance da organização, do tratado ou do Estado para a mediação.

CAPÍTULO 1: ASPECTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO

1.1 A etimologia da palavra “mediação”

Revisitar a evolução histórico-linguística de um vocábulo nem sempre garante a precisão de sua origem ao emprego do termo na contemporaneidade, pois trabalha-se com o que está escrito em registros linguísticos e não é possível acompanhar toda e qualquer transformação dos verbos, adjetivos, substantivos e demais classificações com a mesma raiz.

No entanto, para o início de qualquer estudo conceitual de um termo linguístico, ainda que sua conotação jurídica tenha se adaptado durante os anos, faz-se necessária uma análise etimológico-histórica.

De acordo com Antônio Gerardo da Cunha, a palavra “mediação”, em português, tem origem no francês *médiation*, e, este, no latim *mediatio.onis*, e o adjetivo “mediador” vem de *mediator.oris*. Conforme o autor, esses vocábulos latinos eram utilizados no século XVII, e, já no século XIX, a língua francesa previa o *médiation* e a portuguesa, a mediação.¹

Do dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira consta que “mediador” é um adjetivo masculino que significa aquele que intervém, medeia, o mediano, e que

¹ CUNHA, Antônio Gerardo da Cunha. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010. p. 417.

“mediação” é o substantivo feminino que significa ato ou efeito de mediar, intermediação.²

Segundo Maria Izabel Moreira Arruda e Hamilton Vieira Oliveira, a origem da palavra mediação é indicada por Jean-Louis Lascoux, pois esse autor compreende a mediação como “uma disciplina decorrente da evolução do pensamento humano e com contributos da Filosofia”.³

A palavra mediação antes de derivar de uma palavra latina (medium, medius, mediator) terá aparecido na enciclopédia francesa em 1694, cujo aparecimento é identificado nos arredores do século XIII, para designar a intervenção humana entre duas partes. A raiz “medi” parece ter sido utilizada pelos romanos que a terão recebido, por associação de idéias do nome deste país desaparecido, a Media, (para resumir), um país vizinho das terras da antiga Persa que se tornou o Irã.⁴

Sendo assim, analisaremos nos subitens seguintes a utilização do termo “mediação” nos diferentes períodos históricos, divididos por conveniência doutrinária em Idade Antiga (de 4000 aC a 476 dC), Idade Média (476 dC a 1453), Idade Moderna (1453 a 1789) e Idade Contemporânea (1789 aos dias atuais).

1.2 Idade Antiga

Levando-se em conta que a mediação é uma forma de buscar o entendimento entre os seres humanos, tendo por objetivo a solução de um conflito por diálogo, com a intervenção de uma terceira pessoa, Rozane Cachapuz defende que a existência do termo “remonta dos idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as cidades-Estados”.⁵

A resolução de conflitos de fronteiras, sobretudo, resolvidas por arbitragens e mediações, tinham enorme importância na Grécia antiga. Os autores gregos fazem

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 495.

³ ARRUDA, Maria Izabel Moreira; OLIVEIRA, Hamilton Vieira. Um olhar sobre a evolução do conceito de mediação na Ciência da Informação. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 10(1), n. 1, p. 218-232, jan./jul. 2017. p. 219. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/2523>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁴ LASCoux, Jean-Louis. O que é mediação? apud ARRUDA, Maria Izabel Moreira; OLIVEIRA, Hamilton Vieira. Um olhar sobre a evolução do conceito de mediação na Ciência da Informação. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 10(1), n. 1, p. 218-232, jan./jul. 2017. p. 220. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/2523>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 24.

referência ao fato da arbitragem, reportando-se aos tempos míticos quando os litígios entre deuses e heróis eram resolvidos por um terceiro escolhido: Zeus é escolhido no conflito entre Atena e Poseidon, sobre Egina; e Foronê é o eleito para o conflito entre Hera e Poseidon, sobre Argólida.⁶

Importante aqui esclarecermos que, em algumas oportunidades, em períodos históricos mais antigos, se constata o uso dos vocábulos “mediação” e “arbitragem” como se sinônimos fossem, algo que nos dias de hoje é absolutamente inaceitável, pois a mediação é um método autocompositivo de solução de conflitos, sendo eventual acordo construído pelas partes mediante a colaboração de um terceiro imparcial (mediador), ao passo que a arbitragem é um método heterocompositivo, em que o árbitro decide o conflito como se fosse um juiz.

Afirma Guido Soares que, “na verdade, se as soluções pacíficas puderam existir na Grécia antiga foi porque existiu a possibilidade de haver deuses comuns a várias cidades, portanto valores comunitários mais amplos.”⁷ Assim, na doutrina, aponta-se o nascimento preciso do Direito Internacional Privado a este tempo e espaço históricos, “à medida em que nos tratados de paz ou de comércio se inseriam cláusulas de ‘estimulações de não cometer injustiça’ ou ‘para não mais praticar atos arbitrários’, em benefício dos cidadãos da outra parte contratante”.⁸

É possível enxergar já nos antigos tratados as cláusulas compromissórias, como no Tratado de Paz de 445 a.C. entre Esparta e Atenas, e no Tratado de Nícias, onde lê-se que “não será mais permitido aos lacedemônios e a seus aliados, de fazer a guerra aos atenienses e a seus aliados [...] sob qualquer pretexto,”⁹ e vice-versa. Se surgisse um litígio entre eles, o submeteriam a um procedimento jurídico de solução pacífica, uma “arbitragem obrigatória entre as partes contratantes”¹⁰.

Mesmo após a dominação romana do século II a.C., essa resolução pacífica de conflitos através do apontamento de um terceiro interventor – o que hoje poderíamos interpretar como parte arbitragem, quando a decisão fosse imposta, parte mediação,

⁶ TAUBE, Michel de. Les Origines de l'Arbitrage International: Antiquité et Moyen Age. **Recueil des Cours da Academia de Direito Internacional de Haia**, v. 42, 1932. p. 15. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028607927_01. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁷ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 164. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁸ Ibid., p. 165.

⁹ Ibid., p. 166.

¹⁰ TAUBE, op. cit., p.40.

já que, por vezes, era criada pelas próprias partes – continuou a existir para resolver conflitos de fronteira entre as cidades. Guido Soares relembra quando Michel de Taube avista um paradoxo nessa permanência do instituto frente à dominação romana:

Taube aponta o paradoxo de, pela *pax romana*, apesar da política imperialista dos romanos, terem estes permitido a sobrevivência na Grécia de antigos usos de recurso à arbitragem em desavenças entre cidades autônomas e, [...] tal fato é mais uma prova da política de Roma de permitir uma diversidade na unidade.

Já no ápice do Império Romano, a arbitragem entre particulares era tida como um procedimento de base contratual, ou seja, um ato de natureza pactual, já que as partes tinham liberdade de assinar um compromisso no qual previam o respeito à decisão do terceiro interventor. O chamado *compromissum* era já considerado um pacto legítimo e válido por si só.¹¹ Explica Guido Soares:

Para fazer respeitar o compromisso ou a cláusula compromissória, o pretor concedia um a ação, *arbiter in causis bonaefidei*. No caso de haver estipulação de penalidade inserida no compromisso ou no contrato, *stipulatio poenae*, havia a ação *conditio ob rem datire non secuta*, para a restituição da soma devida pela parte que não permitisse a constituição do juízo arbitral e recorresse à jurisdição togada. Em qualquer julgamento arbitral, o pretor impunha a obrigação ao árbitro de aceitar julgar a controvérsia, *receptum arbitri*. A sentença era irrecorrível aos tribunais, inexistindo, contudo, meios legais de compelir o seu cumprimento.

Aqui, nesta citação, não há qualquer dúvida, trata-se mesmo de arbitragem, nos mesmos moldes atuais do instituto, não se confundindo com mediação.

Por outro lado, de acordo com Christopher Moore, a mediação era praticada já para tratar litígios nas comunidades judaicas. Para ele, a institucionalização da mediação no Ocidente é, em verdade, atribuído a:

[...] um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam sua própria vida, a um apoio ético aos acordos particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade.¹²

¹¹ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 168. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹² MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 34.

Não à toa é possível observar que Jesus Cristo pode ser tido um dos primeiros mediadores, pois buscava por meio do diálogo a pacificação social, valorizando as partes do conflito e dando a elas autonomia e responsabilidade pela solução do litígio. Segundo Fabiana Spengler, as partes se sentem respeitadas e aprendem a lidar com os conflitos do dia a dia.¹³ Está no Evangelho segundo Matheus, capítulo 5, versículos 22 a 25:

22 Eu vos digo, porém, que qualquer que se encolerizar contra seu irmão, sem motivo, será réu de juízo; e qualquer que disser a seu irmão: Raca, será réu do Sinédrio; qualquer que *lhe* disser: Louco, será réu do fogo do inferno.
 23 Portanto, se trouxeres a tua oferta ao altar, e aí te lembrares de que teu irmão tem alguma coisa contra ti,
 24 Deixa ali diante do altar a tua oferta, e vai, reconcilia-te primeiro com teu irmão, e depois vem e apresenta a tua oferta.
 25 Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao guarda, e te encerrem na prisão.¹⁴

Na presente citação, percebe-se o uso da conciliação como método não-adversarial, em tudo se assemelhando a mediação, em sua versão atual.

Do outro lado do mundo, Confúcio falava sobre a harmonia natural das relações humanas, que jamais deveria ser interrompida, ou seja, a melhor solução para um conflito deveria ser alcançada mediante a persuasão moral e um acordo cunhado por ambos, fruto do diálogo e não da coação. Nesse ínterim, resumem Marcelo Maciel Ramos e Rafael Machado Rocha:

Dentro de um esforço preliminar de sintetizar em uma frase o confucionismo, diríamos que ele é uma doutrina da obediência, da conformação e da não imposição de qualquer vontade pessoal nos processos naturalmente harmônicos e espontâneos do mundo, tanto dos processos naturais quanto dos políticos.¹⁵

Nesse mesmo sentido, afirma Maria de Nazareth Serpa que os chineses eram influenciados pelas ideias de Confúcio, e já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Foi com base na ideia de que é possível construir um paraíso na terra, no qual os seres humanos pudessem resolver seus conflitos de forma

¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

¹⁴ BÍBLIA. Tradução para português. **Bíblia Sagrada**. Salt Lake City: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2015. p. 1452.

¹⁵ RAMOS, Marcelo Maciel; ROCHA, Rafael Machado. O Confucionismo político e os caminhos para um constitucionalismo chinês. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 421-452, jul./dez. 2015. p. 426. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1733>. Acesso em: 28 fev. 2021.

pacífica que os chineses implementavam processos mediadores. Ainda sobre a influência confuciana:

Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder.¹⁶

Também é imperativo recordar a filosofia de Aristóteles, segundo a qual a virtude é uma disposição de caráter ligada às escolhas humanas e consistente numa mediania, ou seja, o encontro do justo meio entre as opções possíveis, “um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo”¹⁷.

Essa visão é de extrema importância para os períodos históricos que se seguem, pois incute no consciente coletivo a necessidade de encontrar o meio-termo entre interesses conflitantes, para que seja alcançada a verdadeira virtude. Aristóteles reconhece a dificuldade de tal tarefa ao afirmar que:

Do que acabamos de dizer segue-se que não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio-termo. Por exemplo, encontrar o meio de um círculo não é para qualquer um, mas só para aquele que sabe fazê-lo; e, do mesmo modo, qualquer um pode encolerizar-se, dar ou gastar dinheiro — isso é fácil; mas fazê-lo à pessoa que convém, na medida, na ocasião, pelo motivo e da maneira que convém, eis o que não é para qualquer um e tampouco fácil.¹⁸

Com base nesse desafio de se encontrar a mediania, é possível analisar o ensinamento aristotélico como um apontamento sobre a necessidade de um terceiro imparcial que auxilie as partes em um dado conflito a enxergarem os caminhos mais prováveis de as levarem ao meio-termo, começando por afastar-lhes do que é mais contrário e extremo.

Algo semelhante já se via em Platão, ao tratar sobre a essência do homem e a busca pela felicidade, e, em última análise, da justiça. A diferença entre os dois filósofos, nesse ponto, é que Platão situa o bem no campo nas ideias, afastado de

¹⁶ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 67-68.

¹⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco; Poética**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. livro 6. (Os pensadores, v. 2).

¹⁸ Ibid., livro 9.

influências exteriores, enquanto Aristóteles enxerga a virtude como o resultado do controle das atividades no âmbito programático.

Em Platão, é expressão de injustiça aquele que sai de uma discussão e conflito obtendo as maiores vantagens, pois não observa virtudes e prejudica as demais partes.¹⁹ Assim, a pacificação platônica passa, necessariamente, pela resolução de conflitos de forma justa.

Tendo em vista a brevíssima narração histórico-jurídica do uso da mediação pelas duas civilizações mencionadas na Idade Antiga, sem pretensão de esgotamento do tema, mas tão-somente a seleção de informações pertinentes à presente análise, chegamos ao Baixo Império Romano, por volta de 476 a.C., que dá início à Idade Média.

1.3 Idade Média

Como é sabido, na Idade Média, verifica-se uma grande mudança na estrutura da sociedade, que prossegue até o fim do período histórico. A economia mantida no Império Bizantino abarcava atividades comerciais intensas, em que escravos, perfumes, especiarias, porcelanas, joias, armas, peles e alimentos eram artigos de comercialização.²⁰

O Estado controlava rigidamente o comércio e vigiava as atividades artesanais por meio de guildas – assembleia de artesãos de um ofício –, além de manter a emissão monetária exclusiva. Isso causou um salto na economia e impactou a evolução da mediação, pois o fluxo comercial gerava conflitos e as soluções estatais mantinham burocracias às quais os populares não tinham acesso.²¹

A Idade Média também tem como aspecto importante a cristianização de quase todo o continente europeu. Por isso, historiadores como Jérôme Baschet chamam de *pax christiana* o influxo da religião cristã no continente, em contradição à anterior *pax romana*, que era pagã. Com isso, o Papa, com auxílio do Imperador, era quem encarnava a figura do terceiro interventor para solução de conflitos.²² Sobre isso, afirma o autor mencionado:

¹⁹ PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000. p. 73-77.

²⁰ FLUSIN, Bernard. **A civilização bizantina**. Europa: Mem Martins, 2007.

²¹ Ibid.

²² BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal: do ano mil à colonização da América**. Rio de Janeiro: Globo, 2009. p. 166.

Enfim, mesmo sendo suscetível de servir aos interesses da realeza, o esquema triunfal da sociedade remete a uma visão dominada pelo clero, que continua sendo, até o fim do Antigo Regime, a primeira ordem da sociedade. De fato, se se pôde identificar a aristocracia como classe dominante do sistema feudal, essa constatação permanece insuficiente, pois a ideologia do feudalismo põe acima desta a Igreja.²³

Ao tempo de Justiniano, Guido Soares afirma que essa figura histórica relevante ao estudo do direito, legislou sobre o que já havia sido criado pelo costume, isto é, *o instituto se aperfeiçoou com a prática*.²⁴

Note-se, assim, que, se, no terreno das relações com outros povos, a contrário das relações no mundo pan-helênico, o direito romano regrediu na aplicação da arbitragem, nas relações entre particulares, tornaram o instituto mais consentâneo com o mundo dos negócios.²⁵

A partir da terminologia legal, observa-se que há a previsão de como solucionar os conflitos em negócios entre particulares na Idade Média. O jurista francês Jean Boutillier, no século XIV, repete conceitos de antigas legislações, ao tratar o papel do terceiro interventor árbitro, distinguindo a sua atuação em relação ao papel do apaziguador (que, hoje em dia, seria o mediador):

Devemos saber a diferença entre *arbitre* e *arbitrateur*. [...] O *arbitre* não pode e não deve prosseguir, no caso de submetê-lo a algo, ou de outra forma que não por ordem de direito mantida de acordo com se é alegado ou provado perante ele, porque nenhum tratado não pode nem deve fazer também o que o juiz faria, não deve mais favorecer uma das partes do que a outra, mas tudo acontece de acordo com o estado de direito. *Arbitrateur* é aquele no qual a responsável pelo resultado da causa é a sua consciência, a ordem de direitos mantida ou não, e as partes podem nomeá-lo se o julgarem conveniente.²⁶

De certa forma, apesar da complexidade de se afirmar com veemência, as figuras do árbitro e do mediador estavam confusas na Idade Média. Não havia uma

²³ BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal**: do ano mil à colonização da América. Rio de Janeiro: Globo, 2009 p. 166.

²⁴ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 169. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁵ Ibid., p. 170.

²⁶ BOUTILLIER, Jean. **Somme rural ou le grand coutumier général de pratique civile et canon**. Livro II. Paris: L. Charondas Le Caron, 1603, p. 693. Tradução livre de: "Si doit savoir que différence y a entre arbitre et arbitrateur. [...] Arbitre ne peut & ne doit en la cause à luy submise proceder, ou autrement que par ordre de droict gardé selon qu'il est allegué ou prouvé devant luy, car nul traicté ne puet ne doit faire non plus que feroit le iuge, ne plus ne doit avoir de faveur à une partie qu'à l'autre, mais tout lisset aller selon la reigle de droict. Arbitrateur si est celuy qui de la cause est chargé à sa conscience, ordre de droict gardé, ou non gardé, & peut les parties appointer selon que bon luy semble."

clara diferença entre o que hoje sabemos ser o ponto que mais distancia os conceitos: o julgamento da causa. Árbitro seria aquele que julga a causa segundo a lei da sede do tribunal, ou com base na equidade, num processo iniciado pelas partes, com rito próprio; enquanto mediador seria o amigável compositor, que atuaria por expressa permissão das partes, para colaborar com a construção de um acordo que atenda aos interesses de ambas.

De forma parecida com o que ocorria nos centros gregos da Antiguidade, as comunas da Baixa Idade Média passaram a criar soluções para suas questões de limites territoriais pela escolha de um terceiro interventor, em detrimento da burocracia judiciária do Império Romano-Germânico, até porque o *ius civile* tinha um caráter eminentemente privado.²⁷

Vale ressaltar que a organização feudal, também, dava espaço à mediação, já que senhores feudais e reis encarnavam a figura do mediador em conflitos privados acontecidos no âmbito daquele determinado feudo. Os particulares, portanto, recorriam ao seu senhor feudal, o proprietário do feudo mais próximo ou o rei para obter a solução para seus litígios.²⁸

Isso impulsionou a transformação evolutiva da mediação, em detrimento da arbitragem, pois as comunas do Baixo Medievo escolhiam árbitros que impunham suas decisões de forma “de cima para baixo”, na mesma lógica do aparelhamento imperial, e, as partes, nada satisfeitas com a decisão da qual não participaram, procuravam recursos e embargos nas cortes superiores.²⁹ A mediação ganha força como método de maior participação das partes e cuja decisão é cunhada por ambas.

Em Agostinho de Hipona, já podemos vislumbrar uma crítica à República Romana, que se dizia justa, mas havia se tornado uma tirania, sem espaços de deliberação ou conciliação, apenas imposições dos soberanos. Sobre isso, afirma: “Esforçar-me-ei [...] por mostrar que nunca Roma foi um estado (República) porque nunca nela existiu uma verdadeira justiça”³⁰.

Também importa mencionar as lições de Tomás de Aquino, na clássica obra *Suma Teológica*, na qual a prudência é uma virtude soberanamente necessária à vida

²⁷ FLUSIN, Bernard. **A civilização bizantina**. Europa: Mem Martins, 2007.

²⁸ VILAR, Pierre. A transição do feudalismo para o capitalismo. apud SANTIAGO, Theo (org.). **Do feudalismo ao capitalismo**: uma discussão histórica. São Paulo: Contexto, 2003.

²⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

³⁰ AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. Tradução: J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. v. 1, p. 253.

humana, ou seja, ao se resolver um conflito, deve-se ter cautela, atenção, consideração de todos os argumentos e preocupação com os interesses de ambos. Nesse sentido dizem as passagens:

[...] à prudência pertence escolher sagazmente. Ora, a escolha é um ato da virtude apetitiva, como se estabeleceu. Logo, a prudência não tem sua sede na potência cognoscitiva, mas na apetitiva. [...] O prudente considera as coisas afastadas enquanto próprias a ajudar ou impedir o que deve fazer o presente. Por onde é claro que o objeto considerado pela prudência se ordena, como meio, para um fim. Ora, os meios são: o conselho na razão, e a eleição, no apetite. E desses dois meios, o conselho pertence mais propriamente à prudência.³¹

Nesse mesmo íterim, lembra Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento que, em Tomás de Aquino, “[d]e fato, atribui-se ao prudente a capacidade de bem deliberar”³². Assim, a prudência tomista em tudo se relaciona com o que hoje entendemos por mediação, a procura de uma solução justa pelas próprias partes.

1.4 Idade Moderna

Considerando-se a divisão tradicional da história, segundo a qual a tomada de Constantinopla (1453) pelos turcos otomanos inaugura a Idade Moderna e a Revolução Francesa (1789) a encerra, pode-se afirmar que as transformações políticas, sociais e culturais aconteceram numa velocidade jamais vista, pois, em três séculos, a humanidade alcançou realizações das quais em quatorze períodos iguais não havia se aproximado.

O modelo feudal deixou de existir pouco a pouco na Baixa Idade Média, para dar lugar ao que se entende por capitalismo. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, as monarquias organizadas na Baixa Idade Média culminaram nos Estados Modernos e na divisão da região em vários reinos³³.

A mediação e a conciliação eram apenas fachadas de instrumentos de solução de litígios na Inglaterra, por exemplo, pois a alta nobreza era constituída por guerreiros, que faziam juramentos de fidelidade a Guilherme, o Conquistador, e

³¹ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Questão 47, art. 1. Disponível em: <https://alexandriacatolica.blogspot.com/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

³² NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, v. 20, n. 62, p. 369, 1993. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1316>. Acesso em: 28 fev. 2021.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 38-41.

recebiam benefícios em forma de domínios territoriais. Assim, apenas esses privilegiados tinham alguma possibilidade de vantagem nos litígios levados para serem resolvidos perante o Estado.³⁴

O período de contato com novos costumes propiciou a miscigenação cultural impulsionada pelo comércio. Jerry Brotton afirma, nesse sentido, que o crescimento da comercialização impactou também um crescimento litigioso.³⁵

O Estado Moderno, sobretudo absolutista, é a mudança político-jurídica que abarcou novas forças produtivas, permitindo a passagem do modelo feudal ao modelo capitalista. Afirma Pierre Vilar:

Ainda que seja correto que não se possa exagerar o caráter “fechado”, “natural”, da economia feudal nas suas origens (a troca nunca foi “nula), não é menos exato que bastante tarde ainda, nos séculos XVII e XVIII, a sociedade rural, surgida do feudalismo, viveu durante muito tempo fechada em si mesma, com um mínimo de trocas e de contatos em moeda. A comercialização do produto agrícola foi sempre muito parcial. Contudo, no capitalismo evoluído, tudo é mercadoria.³⁶

Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, é por reconhecerem-se conflituosos que os homens decidiram criar mecanismos de restauração da ordem, mecanismos de decidibilidade dos conflitos, para evitarem o risco de extinção.³⁷

Um dos primeiros passos para a mudança política mais importante dos Estados é o Tratado de Tordesilhas, de 1494, acordo entre D. João II de Portugal e os reis católicos Fernando e Isabel, segundo qual “o papa concede à coroa portuguesa as terras descobertas, proibindo aos cristãos todas as espécies de danos que lhes poderiam fazer”³⁸.

Para reagir aos conflitos inerentes das ideias distintas e procurar descobrir a forma mais rápida e efetiva de se resolver problemas, o Estado se fez moderno, segundo Roberto Mangabeira Unger, e concentrou no governo o poder, monopolizando a aplicação do direito, o que culminou no conceito de jurisdição.³⁹

³⁴ Ibid.

³⁵ BROTTON, Jerry. **El bazar del Renacimiento**: sobre la influencia de Oriente en la cultura occidental. Buenos Aires: Paidós, 2003. p. 49.

³⁶ VILAR, Pierre. A transição do feudalismo para o capitalismo. apud SANTIAGO, Theo (org.). **Do feudalismo ao capitalismo**: uma discussão histórica. São Paulo: Contexto, 2003. p. 38.

³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 64.

³⁸ MOREIRA, Adriano. Tratado de Tordesilhas de 7 de junho de 1494. In: MOREIRA, Adriano (coord.). **Legado Político do Ocidente**, São Paulo: Difel, 1978. p. 14.

³⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 45-48.

Ainda sobre a mediação na Idade Moderna, afirma Guido Soares que os primeiros Estados na moderna acepção, isto é, Espanha e Portugal, partiram na conquista do Novo Mundo, sobretudo com a unificação dos Reis católicos.⁴⁰ Antes da Guerra dos Trinta Anos, a ordem política europeia era puramente a combinação das tradições do Império Romano e da Igreja Católica, como afirma Henry Kissinger, “o mundo era um espelho dos céus. Um só Deus reinava no céu; assim, um imperador devia mandar no mundo secular e um papa reger a igreja universal”⁴¹.

Mais tarde, os Tratados de Vestfália de 1648 põem fim à *pax christiana* e à possibilidade do Papa ou do Imperador servirem de árbitros ou mediadores aos conflitos políticos. A Paz de Vestfália, fruto de um grande acordo entre nações, reconheceu a igual soberania de todos os Estados perante a ordem internacional, esses tratados são considerados como a “constituição da nova Europa”⁴², agora mais plural, distante da unidade religiosa do cristianismo, das amarras da unidade do Sacro Império Romano-Germânico, do monopólio da resolução de conflitos pela Igreja ou pelo Império. Nesse sentido afirma Marcílio Toscano Franca Filho:

A ideia de soberania apareceu quase que simultaneamente ao robustecimento desse Estado nacional, através da luta da monarquia para impor sua autoridade aos senhores feudais (soberania interna) e emancipar-se da tutela do papado e do Imperador do Sacro Império Romano-Germânico (soberania externa). [...] [f]inda a universalidade religiosa e política do medievo, o Império e o Papado deixavam de ter direito a intervir nos assuntos internos de cada reino ou principado.⁴³

Uma das consequências dessa mudança política drástica foi maior poder ao povo para que este encontrasse soluções para seus próprios litígios, como ensina Guido Soares:

Com base territorial fortemente assentada, com o poder concentrado numa pessoa e não mais atomizado entre burgos, corporações, ordens de pertença por nascimento e diversos estamentos, com sua autoridade máxima laicizada, no Estado moderno, as relações [...] tendem a encontrar soluções pacíficas de litígios em novas formas, de fundo eminentemente consensual, onde o público e o privado se encontram em rígida separação.⁴⁴

⁴⁰ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 175. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁴¹ KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999. p. 57.

⁴² MOUSNIER, Roland. Os séculos XVI e XVII. In: CROUZET, Maurice. **História Geral das Civilizações**. t. IV, v. 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973. p. 302.

⁴³ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. História e razão do paradigma vestefaliano. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2006. p. 1447-1456.

⁴⁴ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São

Com essa formação política, no Estado Moderno de forte base territorial, a legislação perde seu caráter de norma comum às unidades políticas e ganha peculiaridades nacionais. Na medida em que as transações entre homens não conhecem fronteiras, apesar da jurisdição estatal se encaminhar para um nacionalismo firme, as soluções extrajudiciais para litígios continuam a ser aplicadas, sobretudo tendo em vista os tribunais acessíveis apenas a nobres, os custos elevados dos processos e a lentidão.⁴⁵

É comum a afirmação contratualista de que, no Estado Liberal, “o Estado é chamado a executar a tarefa de mediador civilizador”, e, como explica Maria Lucia Lopes da Silva, “no papel de mediador civilizador, a defesa da vida, da liberdade e do direito à propriedade privada ocupa lugar central; e a intervenção do Estado, como mediador civilizador, ocorre sob a justificativa do bem comum”⁴⁶. Assim, vale ressaltar que a menção à mediação, em textos contratualistas, por vezes versa sobre as soluções estatais de controvérsias.

Na tradição anglo-saxônica, a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, e, na tradição europeia-continental, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foram normativas, sem caráter vinculante, mas fruto de um grande acordo internacional pela proteção da paz e dos direitos.

Além disso, as Revoluções Americana e Francesa marcam o período de maior interesse nas soluções pacíficas de controvérsia fora da égide do Estado, uma vez que a pauta maior de luta era a liberdade e a afirmação da uma vida privada despreendida dos mandos e desmandos estatais.⁴⁷

Sem dúvidas, portanto, o reconhecimento, a proteção e a ampliação dos direitos individuais demonstram grandes transformações sociais, a entrega ao cidadão do seu escuro jurídico protetivo, em vez de ter de buscá-lo aos poucos e insuficientemente no seio estatal.

Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 177. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁴⁵ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁴⁶ SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Previdência social no Brasil: (des)estruturação do trabalho e condições para sua universalização**. São Paulo: Cortez, 2012. p. 151-153.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 40-48.

Sob a égide da histórica Constituição francesa de 1791, os Decretos de 16 e 24 de agosto do mesmo ano trataram da solução não-estatal de controvérsias como o meio mais razoável de terminar uma contestação entre cidadãos, além de preverem que os legisladores jamais poderiam retirar a possibilidade de se acordar tal compromisso.

Apesar da menção genérica ao termo “arbitragem” para designar todas as formas não-estatais de solução de controvérsias, o art. 5º do Capítulo V da Constituição francesa previa que “o direito dos cidadãos de terminarem definitivamente suas contestações pela via da arbitragem não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo”⁴⁸, e, logo em seguida, no art. 6º, prevê sobre a obrigatoriedade de tentativa de mediação, quando diz que “[o]s tribunais ordinários não podem receber qualquer ação civil sem prova de que as partes compareceram, ou que o autor chamou sua parte contrária perante mediadores para chegar a uma conciliação.”⁴⁹

1.5 Idade contemporânea

O período pós-Revolução Francesa é intitulado Iluminismo, a era do humanismo jurídico mais pujante até então conhecido pela história. O chamado direito fraterno, inaugurado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, influenciou politicamente a consideração de todo homem como igual e irmão entre si, ideia secularizada por Paulo de Tarso⁵⁰.

De acordo com Jules Michelet, a Revolução Francesa é o “advento da Lei, a ressurreição do Direito e a reação da Justiça”.⁵¹ Esse surgimento de novas formas de

⁴⁸ SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. p. 179. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁴⁹ FRANÇA. [Constituição (1791)]. **Constitution de 1791**. Paris, França: Conseil Constitutionnel. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 28 fev. 2021. Tradução livre de art. 6: "Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation."

⁵⁰ BADIOU, Alain. **Saint Paul: the foundation of universalism**. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 101.

⁵¹ MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa: da queda da Bastilha à festa da Federação**. Tradução: Maria Lucia Machado. Consultoria e introdução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 39.

política, de economia e de ideologia concretizaram um novo conceito de nacionalismo, mais liberal e democrático.⁵²

A preocupação de se criar um documento internacional de previsão de direitos políticos, bem como inculcá-los nas constituições, eram a segurança e a garantia de que não seriam violados e todos se veriam como iguais no jogo político-social. Nesse sentido aduz Norberto Bobbio:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.⁵³

A relação entre direitos humanos e fraternidade, como transformação ética, encontra menção também em Antônio Maria Baggio, ao dizer que “assim como um homem é por sua natureza livre e igual aos outros, não podemos ser homens fora de uma condição de fraternidade. Isso não garante de modo algum uma vida pacífica [...], mas mede a intensidade da relação humana enquanto tal.”⁵⁴

Na Revolução Industrial, a partir do séc. XVIII na Europa, vale ressaltar a origem do sindicalismo, como as *trade unions* no Reino Unido, que negociavam em nome do conjunto de trabalhadores, unificando a luta na busca por melhores condições de trabalho, direitos e salários dignos. Já em 1830, os operários ingleses avançaram para uma forma mais firme de negociações, pois formaram a Associação Nacional para a Proteção do Trabalho, uma central de todos os sindicatos que assessorava cada um deles e os instrua com formas de solução pacífica de conflitos empregados-empregadores.⁵⁵ A seara trabalhista tem profunda relação com a mediação e os demais meios não-estatais de solução de controvérsias no tema, como afirma Antonio Carlos Dias:

Os meios de composição de conflitos coletivos podem ser públicos ou privados, contemplando a conciliação, a mediação e a arbitragem. Os meios

⁵² HOBBSAWM, Eric. J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2007.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 31.

⁵⁴ BAGGIO, Antônio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido/2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009. p. 128.

⁵⁵ DIAS, Antonio Carlos. A história das organizações sindicais. **Associação Arcos – Portal Jurídico**, [S.l.], 2016. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-historia-das-organizacoes-sindicais/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

de solução das greves, nos conflitos de interesse, devem ser a conciliação, a mediação e a arbitragem.⁵⁶

Claramente, os tratados de paz cunhados após das duas Grandes Guerras são representações de negociações de conflitos a nível mundial, demonstrando, diferentemente do que ditou Carl Von Clausewitz (“a guerra nada mais é do que a continuação da política por outros meios”)⁵⁷, que mais vale a chamada fórmula inversa de Clausewitz, proposta por Michel Foucault: “a política é a guerra continuada por outros meios”⁵⁸, pois as tratativas pacíficas não só põem fim à guerra, como aos conflitos que levaram as partes a esta.

Numa primeira tentativa, a Liga das Nações foi criada para impor a paz após a 1ª Guerra Mundial e criar instrumentos e instituições de solução pacífica de controvérsias, contudo, a iniciativa não prosperou por inúmeros fatores, e internacionalistas e cientistas políticos, como Eric Hobsbawn, afirmam que um deles foi a alta carga de responsabilidade imposta a países que saíram derrotados na guerra, ou seja, uma falha de dosagem negocial.⁵⁹

Já após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas teve maior sucesso em instaurar a paz entre os países conflitantes e permanece atuante até o momento, com regras e diretrizes normativas também em matéria de mediação, conforme será tratado no item 2.1.1 do Capítulo 2.

A mediação da maneira que é tratada hoje surgiu nos Estados Unidos da América por volta dos anos 1970, como resposta às demandas sociais por meios alternativos à conciliação. A época era marcada por protestos estudantis, contra discriminação racial, lutas por direitos civis, movimentos feministas, bem como contra os horrores da Guerra do Vietnã. Marinés Suárez afirma que a tradição se consolidou de tal forma que, inclusive, na Califórnia, a mediação é instância obrigatória prévia ao julgamento⁶⁰ – tema que será trazido algumas vezes à lume neste trabalho.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ VON CLAUSEWITZ, Carl. **Da guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-76). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁹ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX – 1914-1991. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2007. p. 39.

⁶⁰ SUARES, Marinés. **Mediación**: conducción de disputas, comunicación y técnicas. 1. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 45-50.

Segundo Mauro Capeletti e Bryant Garth, o acesso à justiça nos Estados Unidos se deu por ondas,⁶¹ sendo que a primeira representou uma atenção especial aos mais pobres, a partir de 1965, com advogados sendo remunerados pelos cofres públicos, assistência judiciária e programas governamentais para acesso real à justiça pública; a segunda onda representa os interesses difusos, entre 1965 e 1970, e os autores chama de “verdadeira revolução no processo civil”⁶²; e terceira, por fim, amplia o conceito de acesso à justiça para métodos alternativos de resolução de disputa, como métodos conciliatórios – que os autores intitulam apenas como “litígio resolvido sem necessidade de julgamento”⁶³.

Do outro lado do Atlântico, no novo continente, a Inglaterra é o país no qual a mesma década é marcada pelo advento do novo modelo de mediação, por atividade de um grupo de advogados independentes. E, na América Latina, as práticas chegaram na década de 1990, a começar pela Argentina, em 1995, que estabeleceu a obrigatoriedade da mediação em casos patrimoniais e familiares.

As especificidades geográficas dos países mencionados e outros de relevância para o estudo do tema serão tratadas no Capítulo 2, sobretudo no item 2.2, que enfrentará as previsões da mediação no direito comparado.

1.6 Conceito de mediação

De acordo com Peter Lovenheim e Lisa Guerin, mediação pode ser considerada “um processo em que duas ou mais pessoas envolvidas em uma disputa se reúnem para tentar encontrar uma solução justa e viável para seu problema.”⁶⁴ Os autores afirmam, ainda, como parte do conceito de mediação, que esse processo é realizado com a ajuda da figura do mediador, “uma terceira pessoa neutra que é treinada em técnicas de resolução cooperativa de conflitos.”⁶⁵

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31-73.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49.

⁶³ Ibid., p. 83.

⁶⁴ LOVENHEIM, Peter; GUERIN, Lisa. **Mediate, don't litigate: strategies for successful mediation**. Berkeley: NOLO, 2004. p. 18. Tradução livre de: “a process in which two or more people involved in a dispute come together to try to find a fair and workable solution to their problem.”

⁶⁵ Ibid., p. 18. Tradução livre de: “a neutral third person who is trained in cooperative conflict resolution techniques.”

No mesmo sentido, Stephen Goldberg afirma que mediação é a negociação realizada com a ajuda de um terceiro,⁶⁶ já que o papel do interventor é ajudar na comunicação, numa tentativa de neutralizar emoções, bem como estimular a formação de opções e soluções para o conflito.

De forma mais aprofundada, mas ainda conectada às anteriores, Helena Soletto Muñoz considera que “a mediação é um procedimento pelo qual um terceiro imparcial ajuda as partes em conflito a chegarem a um acordo. A essência da mediação [...] é a autonomia da vontade das partes.”⁶⁷

Numa leitura da obra *Dictionnaire Encyclopédique des sciences de l'information et de la communication*, de Bernard Lamizet e Ahmed Silem, Armando Malheiro Silva compreende que o sentido jurídico do termo mediação é ignorado para formação de seu conceito, num primeiro momento, pois resta destacada a abordagem sociológico-comunicacional, ou seja, mediação seria uma ação subjetiva, “uma instância articuladora, na comunicação e na vida social, entre a dimensão individual do sujeito e sua singularidade e a dimensão coletiva da sociabilidade e da relação social.”⁶⁸

Assim, as definições de mediação acabam sempre mencionando com mais veemência seus caracteres comunicacional e político do que seu papel no direito. É o que faz Adriano Duarte Rodrigues, quando afirma que mediação é o:

processo de interlocução ou interação entre os membros de uma comunidade, pelo qual se estabelecem laços de sociabilidade, constituindo assim o mundo da vida. A linguagem e a acção comum são os factores privilegiados de mediação.⁶⁹

⁶⁶ GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank; ROGERS, Nancy; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute resolution**: negotiation, mediation, and other processes. 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 111. Tradução livre de: “mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party.”

⁶⁷ MUÑOZ, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. **Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 66-88, jan./jun. 2009, p. 67. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21674>. Acesso em: 28 fev. 2021. Tradução livre de: “la mediación es un procedimiento através del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación [...] es la autonomía de la voluntad de las partes.”

⁶⁸ LAMIZET, Bernard; SILEM, Ahmed. *Dictionnaire Encyclopédique des sciences d'information et de la communication*. Paris: Ellipses, 1997 apud SILVA, Armando Malheiro da. Mediações e mediadores em Ciência da Informação. **Prisma.com**, Porto, n. 9, p. 1-37, 2010. p. 3. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/26174/2/000106387.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁶⁹ RODRIGUES, Adriano Duarte. **Dicionário breve da informação e da comunicação**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 84.

O mesmo faz Luís Alberto Warat, ao afirmar que “a mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam [...] o que é mediável são os conflitos de afetos.”⁷⁰

Por ter a finalidade de harmonizar as partes, restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que estão num impasse, auxiliando-as a chegarem a um acordo, sobretudo aplicado por um terceiro neutro, muitos autores encaixam a mediação como espécie do gênero autocomposição, como Eliana Riberti Nazareth⁷¹ e Ademir Buitoni, para quem:

A mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. [...] O mediador, diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem de outro, não adere a nenhuma das partes.⁷²

Já como espécie do gênero da justiça consensual (termo cunhado por Rosimeire Ventura Leite)– que também abarca a justiça penal consensual e seus mecanismos de transação penal, acordo de não-persecução penal e composição civil dos danos⁷³ – a mediação seria, segundo Adriano Araújo, Anarita Silveira e Karen Dytz, um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.⁷⁴ Ou até mesmo um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes.⁷⁵

Pretende-se, no presente trabalho, enxergar a mediação sobretudo como expressão de justiça, no sentido filosófico-jurídico do termo, discussão a ser enfrentada nos próximos capítulos, ainda que não-estatal, e fora dos moldes do que

⁷⁰ WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 79-80.

⁷¹ NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, p. 129-133, set. 2006. p. 130.

⁷² BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, p. 109-114, set. 2006. p. 111.

⁷³ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2054. p. 31. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/en.php>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁷⁴ ARAUJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A., DYTZ, Karen I. O Instituto de Mediação. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, v. 3, 1997. p. 442.

⁷⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 145.

se convencionou intitular justiça, como justiça estatal, após um giro panorâmico sobre a mediação no direito comparado e no direito internacional público.

1.7 Teoria do Conflito e mediação

Conflito, para Douglas Yarn, é o processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais que são claramente incompatíveis.⁷⁶ Assim, a primeira reação de qualquer pessoa que pense no termo “conflito” é associá-lo a um fenômeno negativo, de ruptura e briga. Em momentos da vida nas quais experimenta-se conflitos “há a atuação do hormônio adrenalina, que causa reações físicas e psicológicas adversas, como hostilidade, transpiração e elevação do tom de voz.”⁷⁷

A mudança de paradigma sobre o conflito, para compreendê-lo como algo natural e positivo da vida social é uma das principais alterações da teoria do conflito moderna, em contraponto às reações instintivas e até animais perante uma ameaça ou um impulsionamento de conflito. Essa “luta ou fuga” é a resposta de estresse agudo quando o ser humano percebe conflito como necessariamente algo negativo.⁷⁸

Apesar de serem comumente tratados como sinônimos,⁷⁹ cabe, ainda, mencionar que alguns autores exercem uma diferenciação entre os conceitos de conflito e disputa.⁸⁰ O primeiro seria requisito indispensável do segundo, mas o contrário não seria verdadeiro. Isso significa que conflito é a divergência de ideias incompatíveis, enquanto a disputa pressupõe a existência de uma demanda necessariamente negada, total ou parcialmente.

⁷⁶ YARN, Douglas H. Dictionary of conflict resolution. São Francisco: Ed. Jossey Boss, 1999, p. 133 apud AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 27.

⁷⁷ AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 28.

⁷⁸ Ibid., p. 30.

⁷⁹ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

⁸⁰ BAILEY, S. D. Peaceful settlement of international disputes. Nova Iorque: Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa, 1971 apud YARN, Douglas H. **Dictionary of conflict resolution**. São Francisco: Jossey Bass, 1999. p. 153.

O que se pretende evitar durante uma tentativa de resolução de conflito por mediação é a escalada dos ânimos que acabam por se tornar espirais de conflito, isto é, um círculo vicioso de ação e reação, sendo que cada reação é mais severa do que a ação anterior, e todos se tornam vítimas e ofensores ao mesmo tempo.⁸¹

Zamora y Castillo defende que um processo não rende muito por conta de “defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes, quando possível, o abandonem”⁸². Um dos maiores problemas de um processo judicial é o tratamento de um conflito como um fenômeno essencialmente jurídico, excluindo outros elementos importantes fora desses interesses juridicamente tutelados.

Os processos, de modo geral, que visam resolver disputas, podem ser destrutivos ou construtivos.⁸³ Os primeiros são observáveis pelo rompimento ou desgaste da relação social das partes antecedente à disputa, justamente por causa da forma desastrosa pela qual está sendo conduzida, fazendo o conflito se expandir e piorar, e, portanto, vencer passa a importar mais do que resolver a situação. Como afirma André Gomma de Azevedo:

[...] as partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito.⁸⁴

Os segundos, por outro lado, são aqueles nos quais as partes terminam o processo com um fortalecimento da relação social antecedente à disputa, e isso se dá pelo estímulo de desenvolvimento de soluções criativas, pela percepção de é possível compatibilizar os diversos interesses, pela superação da questão da culpa, pelo trabalho do terceiro condutor do processo e pela vontade deste e das partes em enfrentar também problemas não-jurídicos que influenciam a relação social antecedente. Da mesma forma, explica André Gomma de Azevedo:

⁸¹ AZEVEDO, op. cit., p. 32-33.

⁸² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238 apud AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 33.

⁸³ Pela divisão de Morton Deutsch. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

⁸⁴ AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 34.

partes quando em processos construtivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com fortalecimento da relação social preexistente à disputa e, em regra, robustecimento do conhecimento mútuo e empatia.

O incentivo para que se encontrem mecanismos que tornem todas as soluções de disputas processos construtivos passa, necessariamente, pela introdução de métodos consensuais de solução de controvérsias. Isso porque grande parte do ordenamento jurídico processual, que se diz apoiador da pacificação social, está rodeado de processos destrutivos, o que termina por acentuar conflitos com base na simples lógica jurídico-processual.

No mais, há vezes em que o conflito se acentua ou até é substituído por um novo, criado durante o processo, acirrando a crença no antagonismo dos interesses, em vez de sua coexistência harmônica. Como afirma Azevedo, a figura do terceiro condutor do processo, ou da mediação, ou da conciliação “Não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano”⁸⁵.

1.8 As Escolas ou modelos de mediação

Para o exercício da construção de uma relação mais próxima entre mediação e justiça, faz-se necessário compreender sua evolução também no âmbito das escolas de mediação e seus respectivos modelos, analisando como eles contribuem para o conceito atual deste método consensual de solução de controvérsias.

De início, trataremos dos modelos de mediação direcionados ao acordo, quais sejam, a mediação facilitativa – resultante dos conceitos cunhados na Escola de Harvard – e a conciliação ou mediação avaliativa; os modelos de mediação direcionados à relação, isto é, mediações circular-narrativa e transformativa.

O primeiro tipo de mediação é chamado de facilitativo, ou então mediação do acordo, mediação tradicional de Harvard, mediação satisfativa, ou, ainda, mediação linear. Independente do nome, essa forma de mediação pode ser definida, segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos, como “uma negociação com apoio de terceiro imparcial, denominado mediador”⁸⁶, tendo adotado as técnicas de negociação desenvolvidas pela Escola de Harvard.

⁸⁵ AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 36.

⁸⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 190.

A mediação facilitativa, por ser direcionada ao acordo e baseada em princípios negociais, é referência de o andamento processual aos outros modelos. Seu procedimento começa com a apresentação das partes e do mediador, em seguida, há uma explicação sobre o conceito de mediação e sobre como se processa tal método de solução de controvérsias, e os mediandos já partem para narrar o problema que ali apresentam, falando sobre isso de forma equânime.

Nesse primeiro momento, portanto, a intenção é fortalecer a mútua colaboração para que eles evoluam de um estágio inicial para a identificação dos interesses comuns, a criação conjunta de opções e, ao fim, a chegada a um acordo fundado em dados de realidade⁸⁷. E, sendo o papel do mediador o de facilitador, ele, “de modo geral, desenvolve habilidades e técnicas de acolhimento, escuta ativa e perguntas circulares, justamente no sentido de criar um ambiente em que os próprios mediandos possam avançar nas reflexões [...]”⁸⁸.

É nessa função de facilitador que o mediador cria a oportunidade de esclarecimento e contextualização do problema que foi levado até ele, ajudando as partes a assumir suas próprias atitudes, a escolher opções que mais se encaixem ao seu caso concreto, a se aproximarem de uma solução consensual. Carlos Eduardo de Vasconcelos, haja vista este critério dialético da mediação facilitadora da Escola de Harvard, critica a utilização do termo “mediação linear” como um de seus sinônimos.⁸⁹

No mesmo sentido, Leonard Riskin afirma que “o processo de tomada de decisão em uma mediação detém – ou pode deter – oportunidades infinitas de aprendizagem, mudança de metas e procedimentos, e mudança de métodos”, ou seja, o resultado, ao fim, dependerá parcialmente das intenções e da maleabilidade dos participantes da mediação.⁹⁰

Já sobre a conciliação ou mediação avaliativa, outra modalidade sobre a qual devemos elaborar, vale ressaltar que alguns autores consideram a conciliação como uma espécie de mediação, como Carlos Eduardo de Vasconcelos:

[...] o conciliador é esse terceiro que medeia, procurando obter o entendimento entre as partes. Portanto, conciliação é mediação. Com efeito, não é o nome que se dá a um instituto o que caracteriza a sua natureza, mas

⁸⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 190-191.

⁸⁸ Ibid., p. 190.

⁸⁹ Ibid., p. 190.

⁹⁰ RISKIN, Leonard L. Tomada de decisão em mediação: O novo “gráfico antigo” e o sistema do “novo gráfico novo”. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 4. AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (org.). Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 129-170.

é a sua natureza aquilo que o caracteriza. A natureza da conciliação é a da mediação de conflitos.⁹¹

Assim, por vezes tal análise será conjunta ao tratarmos da modalidade avaliativa de mediação e conciliação. O modelo de mediação focado no acordo, que Vasconcelos chama de conciliação, é, diversamente dos demais, fruto de uma tradição do direito fundada no cotidiano forense, de procedimentos específicos, a serviço do sistema oficial de administração de justiça.

Esse modelo avaliativo é muito praticado em outros países, integra o campo da condução autocompositiva de disputas que são mediadas por terceiros, cujas particularidades são:

- a) adoção tradicional desse procedimento como complemento ao processo judicial, pelo juiz ou pela figura autorizada pelo juízo;
- b) direcionamento específico ao acordo, algo próximo à mediação facilitadora;
- c) predeterminação do sujeito mediador ou conciliador, sem escolha das partes;
- d) postura ativista e impositiva de certa hierarquia, o que reduz a possibilidade de protagonismo;
- e) não-previsão de entrevistas prévias ou incidentais, em apartado, na conciliação; e
- f) indução das partes a realizarem acordo, por conta do ambiente judicial desfavorável à construção voluntária de um.⁹²

Ao buscar o conhecimento especializado do mediador, o interesse das partes é que ele exerça uma função avaliativa, como um conciliador, em colaboração com os advogados, quando aplicável. É um diálogo regrado, facilitado pelo conciliador ou mediador, em ambiente relacional, fora da função de intérprete da lei, mas na da realizar um esforço em busca da solução consensual.

Tomando por base esse caráter dialético também da mediação ou da conciliação avaliativa, não cabe defender a monodisciplinaridade do atendimento, mas a interdisciplinaridade, mesmo quando mais próxima à disciplina jurídica.

⁹¹ VASCONCELOS, op. cit., p. 191.

⁹² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 192.

Quando bem conduzida, a mediação direcionada ao acordo tem grande eficácia prática e possibilita soluções rápidas e efetivas para disputas pontuais e divergências jurídicas, sobretudo entre partes sem vínculos continuados de convivência, a exemplo dos juizados especiais nos temas de trânsito e direito do consumidor.⁹³ Fica claro, portanto, o porquê desta modalidade de mediação não ser espécie de mediação direcionada à relação, mas ao acordo.

Justamente sobre os modelos de mediação direcionados à relação, começamos a análise pela mediação circular-narrativa, de Sara Cobb.⁹⁴ Faz parte de um processo criativo de agregação dos modelos facilitativo e tradicional de Harvard, além de aportes da teoria geral dos sistemas – como a terapia familiar sistêmica –, da cibernética, da teoria do observador, da teoria da comunicação, da teoria da narrativa, dentre outras. O acordo, dessa forma, deixa de ser o protagonista e se torna eventual consequência do processo circular-narrativo.

O ponto de partida é o reconhecimento da arte da conversa como elemento essencial à mediação, o que faz dela um processo conversacional, que apenas acontece a partir da comunicação. Segundo Vasconcelos, “comunicação analógica (não verbal) e comunicação digital (verbal) integram-se no processo de conversar”⁹⁵.

A tarefa do mediador, nesse modelo, é desestabilizar histórias para possibilitar a criação de novas histórias, e, por isso, as técnicas devem ser aplicadas com a consciência de que o mais importante é a sua assimilação pelos mediandos do que apenas sua aplicação. Tais técnicas são divididas por Marinés Suares em:

- a) microtécnicas, aplicadas sobre o aspecto inicial das narrativas;
- b) minitécnicas, aplicadas sobre desdobramentos mais amplos, ainda sem tocar na totalidade;
- c) técnicas propriamente ditas, que abrem chance para a construção da história alternativa que substituirá as prévias; e

⁹³ Nesse sentido: NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, p. 129-133, set. 2006.

⁹⁴ COBB, Sara. Empowerment and mediation: a narrative perspective. **Negotiation Journal**, Hoboken, 9(3), p. 245-255, 1993; COBB, Sara; RIFKIN, Jeremy. Neutrality as a discursive practice: the construction and transformation of narratives in community mediation. **Studies in Law, Politics, and Society**, Bingley, v. 11, p. 69-91, 1991.

⁹⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 195.

d) macrotécnicas, como forma de confluência das técnicas todas durante o encontro de mediação.⁹⁶

De início, as microtécnicas são aplicadas de maneira interrogativa ou afirmativa. No primeiro caso, as perguntas são para esclarecimento, para conhecer melhor os saberes dos mediandos e compreender aspectos da gama de informações recebida, ou ainda para desestabilizar ou modificar a reflexão do conteúdo da disputa, a relação entre eles, novos questionamentos e assunção do protagonismo; no caso da segunda, as afirmações podem ter intensão de reformular, com outras palavras, o que foi dito por algum dos mediandos, ou para ressaltar as características e qualidade positivas de alguma fala, quebrar com a dualidade ofensor/vítima, vitorioso/derrotado, virtuoso/vicioso etc., e recontextualizar o problema para um âmbito mais abrangente, menos ou abrangente ou diverso do atual.

Em seguida, as minitécnicas são aplicadas durante um estágio mais mediano do processo de mediação, o que abarca externalização, resumos e equipe reflexiva. A externalização é uma técnica emprestada da teoria familiar sistêmica, de Michael White e David Epston, que pretende condensar o problema, nominalizá-lo, separá-lo de questões pessoais ou de relação, e torná-lo objeto a ser combatido pelas partes – assim, elas não se enfrentam entre si, mas contra o problema, e ajudar as partes da internalizar o protagonismo.⁹⁷

Os resumos significam que, em vários momentos de reunião, sejam conjuntas ou individuais, os mediadores devem resumir os trabalhos até então, de modo a usar as falas das partes, usar reformulações com conotações positivas, colocar todos os mediandos em posição positiva e legítima, e ao menos tentar produzir uma recontextualização.

E a equipe reflexiva, enquanto minitécnica, de acordo com Tom Andersen, é possibilidade de contar com uma equipe para acompanhar os trabalhos, de forma, no início, espectadora.⁹⁸ Nesse primeiro momento, essa equipe apenas escuta e observa as histórias contadas pelos mediandos, nota as comunicações não verbais e pensa em outras formas de descrever os acontecimentos e relações narrados. Logo após isso, a pedido do mediador, a equipe dialoga com ele, enquanto os mediandos são

⁹⁶ SUARES, Marinés. **Mediación**: conducción de disputas, comunicación y técnicas. 1. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 241-242.

⁹⁷ WHITE, Michael; EPSTON, David. **Medios narrativos para fines terapéuticos**. Barcelona: Paidós, 1993.

⁹⁸ ANDERSEN, Tom. **El equipo reflexivo**. Barcelona: Gedisa, 1994.

convidados a escutar as considerações de ambos. Na hipótese de inexistência de uma equipe reflexiva, o próprio mediador, seja sozinho ou acompanhado de um comediador, pode realizar um monólogo em voz alta.⁹⁹

Partindo para as técnicas propriamente ditas, estas buscam “a construção da história alternativa desestabilizadora das histórias prévias”¹⁰⁰, configurando questão central desse modelo circular-narrativo de mediação. É algo voltado ao mediador, que deve bem compreender a razão de sua existência, a fundamentação teórica que utiliza como fundamento, e o objeto que pretende alcançar. Se as histórias dos mediandos estiverem extremamente coerentes e herméticas, provavelmente há pouca interação entre eles, ou então estão muito expandidos em históricas arquetípicas das culturas que pertencem. A melhor história, após, recontextualização, é a que permite maior abertura para caminhos e opções de negociação.

Por fim, a macrotécnica é o conjunto circular-recursivo dessas abordagens todas. Podemos dizer que a macrotécnica é a própria mediação, e esse encontro em que a reuniões individuais têm presença privilegiada foi sendo aperfeiçoado por Sara Cobb. Assim, “[u]m dos motivos foi a constatação da influência da primeira narrativa sobre a subsequente e sucessivamente, fenômeno este por ela denominado “colonização das narrativas”.¹⁰¹

Um encontro de mediação é composto de uma pré-reunião, uma primeira etapa de reuniões conjuntas, uma segunda etapa de reuniões individuais, uma terceira etapa como reunião da equipe, e uma quarta etapa como reunião conjunta de fechamento, apesar desse procedimento não ser estanque e permitir que as circunstâncias narrativas moldem o encontro.

Resta claro que a particularidade do modelo circular-narrativo é a condução dos mediandos para uma desconstrução das suas narrativas iniciais, a priorização de reuniões individuais desde o início, para evitar colonização de narrativas. Essa escuta ativa das histórias dos mediandos pressupõe a realização de perguntas de esclarecimento e recontextualização, além de afirmações com intenções similares.

Também é válido mencionar como elemento desse modelo a consideração do problema como algo negativo a ser combatido pelas partes, uma ameaça a ser

⁹⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 197-198.

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 198.

¹⁰¹ Ibid., p. 199.

enfrentada conjuntamente, para que jamais disputem entre si. Por fim, a equipe reflexiva também se apresenta como característica do modelo circular-narrativo.

A segunda modalidade de mediação focada na relação é a mediação transformativa. Esse modelo é influenciado pela mediação sistêmica, cujo desenvolvimento se deu precipuamente nas áreas de conflito familiar, conforme aduz Juan Carlos Vezzulla.¹⁰²

A maior contribuição desse modelo é a comunicação, com a adoção de técnicas de aperfeiçoamento da escuta ativa do mediador, a verificação mediante formulação de perguntas, o espelhamento dos comportamentos e a adoção de resumos para ajudar na comunicação efetiva. A mediação transformativa acolhe, dessa forma, técnicas das já mencionadas mediação facilitativa, aspectos da teoria sistêmica de família, elementos da ciência contemporânea – como instabilidade, complexidade, intersubjetividade, dentre outros.

O foco maior da mediação transformativa é a apropriação, o empoderamento dos mediandos, de forma que esses sujeitos recuperam de modo reflexivo seu próprio poder restaurativo de disputas, o que se afasta de modelos segundos os quais um *expert* decide se concede e com quais limites concede poder às partes. Nas palavras de Carlos Eduardo Vasconcelos:

Ela também pode ser conceituada como um método/processo coevolutivo de afirmação e transformação, com a colaboração de mediador, sem hierarquia, da apropriação à integração, recursivamente, para viabilizar o reconhecimento das diferenças, a identificação dos interesses e necessidades comuns, opções, dados de realidade e o entendimento (acordo).¹⁰³

Nos anos 1970, o direito e as ciências políticas se abriram para o nascimento de uma visão relacional do mundo, em contraponto a uma visão individualista. Como aduzem Joseph Folger e Robert Barush Bush, era a importância cada vez mais crescente de se desenvolver instituições, não só para proteger direitos e liberdades individuais, mas também para desenvolver civilidade e interconexão humana.¹⁰⁴

¹⁰² VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 87.

¹⁰³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 200.

¹⁰⁴ FOLGER, P. Joseph; BARUCH BUSH, Robert. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. *In*: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 85-100.

O modelo em questão demonstra que mediadores podem seguir, de forma consciente, uma abordagem que permita auxílio às partes para que aproveitem as oportunidades que o conflito apresenta para a capacitação (autodeterminação) e construção da empatia (reconhecimento).

Assim, um enfoque na autodeterminação mostra que o mediador vai trabalhando as oportunidades, por intermédio de processos mentais e emocionais dos mediandos. Enquanto isso, um enfoque no reconhecimento mostra que o mediador observa em qual medida os mediandos consideram as experiências e os pontos de vista uns dos outros, para auxiliar na busca de uma compreensão compartilhada.

Nesse mesmo sentido, aduz Daniela Gabbay que “o empoderamento gera a percepção pelos indivíduos do seu valor e capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com problemas”, e completa dizendo “enquanto o reconhecimento evoca nos indivíduos a sensibilidade para conhecer a situação e a visão do outro”.¹⁰⁵

Apesar da menção a esses dois institutos denotar certa dualidade, na verdade eles integram uma circularidade, uma abordagem relacional, já que cada ser humano é diferente em função daquele outro com o qual se relaciona. A mediação transformativa configura oportunidade de romper padrões e transformar um determinado conflito, identificando a natureza da interação para que os interesses e valores comuns também sobressaiam.

Em nome da obtenção de resultados transformativos, Stephen Littlejohn e Kathy Domenici sustentam que os mediadores devem aprender a pensar na disputa de maneira sistêmica, com abordagens múltiplas. Primeiro, devem procurar conexões nos episódios narrados pelos mediandos; segundo, devem observar regras implícitas em cada padrão encontrado; terceiro, devem notar regras e códigos de conduta que estão situados num contexto, que varia, por consequência, o conjunto de regras; quarto, devem observar como uma ação se liga à outra; quinto, devem levar em consideração do fato de que os eventos de um sistema são cíclicos e parte de circuitos causais complexos.¹⁰⁶

A mediação transformativa também prevê técnicas para sua condução:

¹⁰⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 55.

¹⁰⁶ LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 209-223.

- a) verificação, segundo a qual o mediador pode obter a opinião dos mediandos sobre como deve atuar no procedimento, como estão se sentindo em determinado momento, para fluidez livre de sentimentos;
- b) espelhamento, quando o mediador olha nos olhos e fala de volta ao mediando o que ele acabou de dizer, para reforçar o entendimento de ambos; e
- c) resumo, para clarear as conversas que vão acontecendo e, de certa forma, estimular o acordo.

As particularidades da mediação transformativa, em contraponto ao modelo circular-narrativo, pretendem transformar a interação entre mediandos e o padrão relacional deles, através de empoderamento e reconhecimentos. Dessa forma, escutas e perguntas de esclarecimento não pretendem desestabilizar, mas empoderar, reconstruir a autoestima, de modo que o mediador sai do papel de técnico e passar a ser um colaborador do processo de debate e diálogo.

CAPÍTULO 2: A MEDIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E NO DIREITO COMPARADO

2.1. A mediação no âmbito das relações internacionais

A mediação e as relações internacionais, apesar de disciplinas distintas têm profunda interrelação. Segundo Rob Walker, em ambas, há a constante recorrência a conceitos tradicionais de soberania, segundo os quais o soberano central é aquele que decide sobre a relação entre as esferas doméstica e internacional, enquanto a vertente moderna tem por base a separação entre o âmbito interno, na qual a figura estatal garante a lei e a ordem, e o âmbito internacional, um local de quase anarquia e disputa de relações de poder.¹⁰⁷

Ainda que se adote um panorama contemporâneo das relações internacionais, regida pelo direito internacional, é inevitável afirmar que os conflitos desestabilizam a ordem internacional e precisam ser resolvidos em nome da paz e da segurança mundiais. Os Estados, por si sós, não são capazes de controlar todo e qualquer conflito, e, portanto, precisam estabelecer uma cooperação eficiente com instituições que os permitam resolvê-los pacificamente. Como lembra Pedro Dallari, a intenção sempre foi extirpar os meios violentos, questionando “quais mecanismos de política exterior são aceitáveis nos marcos do paradigma do compromisso com a solução pacífica dos conflitos.”¹⁰⁸

Foi nesse sentido que organizações internacionais, não-governamentais e até mesmo uniões econômicas buscaram exercer esse papel proativo nas negociações de litígios internacionais, atuando como mediadores em acordos econômicos, políticos e jurídicos. Áreas de exclusiva jurisdição interna estatal passaram a ser mediadas em sede internacional, como manutenção da paz, segurança internacional, contratos e problemas relacionados ao âmbito social.

Dessa maneira, este subitem 2.1 pretende analisar as normativas relacionadas à mediação internacional nos sistemas ONU (Organização das Nações Unidas), OEA (Organização dos Estados Americanos), da União Européia, de proteção regional de

¹⁰⁷ WALKER, R. B. J. **Inside/Outside**: international relations as political theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. (Cambridge Studies in International Relations).

¹⁰⁸ DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 175.

direitos humanos (sistemas interamericano, europeu e africano), além da Convenção de Singapura e os modelos UNCITRAL e Banco Mundial.

2.1.1 ONU

O método pacífico de resolução de conflitos foi primeiramente validado pela Carta das Nações Unidas. O art. 2 (3) afirma que os membros da ONU devem “[...] resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais”.¹⁰⁹

No mesmo sentido, o art. 33 (1) especifica o modo pelo qual as intervenções pacíficas devem ser feitas, ao dizer que as partes têm o dever inicial de “[...] chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”.¹¹⁰

Pode-se afirmar, apesar de não haver hierarquia entre os meios de solução pacífica de controvérsias mencionados na Carta da ONU, que a negociação é a mais utilizada, ainda que em conjunto com outros métodos. É o que afirma J. G. Merrills:

A negociação é empregada com mais freqüência do que todos os outros métodos juntos. Muitas vezes, de fato, a negociação é o único meio empregado, não apenas porque é sempre o primeiro a ser tentado e muitas vezes é bem-sucedido, mas também porque os Estados podem acreditar que suas vantagens são tão grandes que excluem o uso de outros métodos, mesmo em situações onde as chances de um acordo negociado são pequenas.¹¹¹

Vale ressaltar que o sistema ONU prevê tanto resoluções pacíficas de conflitos cujas decisões têm caráter voluntário, quanto decisões com caráter vinculatório. Para as primeiras, mencionamos arbitragem e decisões judiciais, como aquelas obtidas na Corte Permanente de Arbitragem e na Corte Internacional de Justiça,

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. New York: ONU 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ MERRILLS, J. G. **International dispute settlement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 2. Tradução livre de: “Negotiation is employed more frequently than all the other methods put together. Often, indeed, negotiation is the only means employed, not just because it is always the first to be tried and is often successful, but also because states may believe its advantages to be so great as to rule out the use of other methods, even in situations where the chances of a negotiated settlement are slight.”

respectivamente; para as segundas, há negociação, mediação, inquérito e conciliação, e, nesses métodos, as partes mantêm o controle da disputa e podem aceitar ou rejeitar o arranjo proposto pelo terceiro nomeado.

A mediação internacional, nosso objeto de interesse para a presente análise, é bastante utilizada para resolver conflitos em âmbito transnacional. Consiste no conjunto de atividades contínuas em que o mediador faz propostas informais e, com base nas informações fornecidas pelas partes, e não em investigações à parte, sugere caminhos a se tomar. De acordo com J. G. Merrills, a mediação internacional está situada entre os bons ofícios e a conciliação:

Como os bons ofícios, a mediação é essencialmente um complemento da negociação, mas com o mediador como um participante ativo, autorizado, e de fato esperado, para apresentar novas propostas e interpretar, bem como transmitir, as propostas de cada parte à outra.¹¹²

A mediação pode ser fruto de um pedido conjunto das partes perante o sistema ONU, ou pode ser iniciada por oferecimento de terceiros fora do conflito. Uma vez deflagrada, a mediação internacional proporciona aos Estados a possibilidade de uma solução, mas não exige comprometimento *a priori* com as sugestões do mediador, ou seja, há largo controle negocial às partes.

É muito comum mediar em assuntos específicos que ficaram enredados durante uma negociação e a estão impedindo de prosseguir. Tanto a Assembleia Geral, quanto o Conselho de Segurança, ambos órgãos do sistema ONU, oferecem a mediação como forma de resolução pacífica de conflitos. Isso não elimina as demais formas, nem há exigência de que sejam exauridas antes de se recorrer à mediação. Cançado Trindade, com base nas decisões da Corte Internacional de Justiça, denomina a relação entre as diversas formas de complementariedade.

A complementariedade dos métodos de solução pacífica de controvérsias foi reconhecida judicialmente. Assim, no caso Nicarágua versus Estados Unidos (Jurisdição e Admissibilidade, 1984), a CIJ ponderou que: “mesmo a existência de negociações ativas em que ambas as partes possam estar envolvidas não deve impedir que o Conselho de Segurança e a Corte exerçam suas funções em separado, ao abrigo da Carta e do Estatuto da Corte [...]. Diante do exposto, a Corte também não pode aceitar que exista qualquer requisito de esgotamento prévio dos processos negociais regionais como pré-condição para instaurar o processo; ou que a existência do processo de Contadora constitua, neste caso, um obstáculo ao exame pela

¹¹² MERRILLS, J. G. **International dispute settlement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 26. Tradução livre de: “Like good offices, mediation is essentially an adjunct to negotiation, but with the mediator as an active participant, authorized, and indeed expected, to advance fresh proposals and to interpret, as well as to transmit, each party’s proposals to the other.”

Corte da demanda nicaraguense e à determinação judicial no devido tempo das alegações das partes no caso. A Corte é, portanto, incapaz de declarar o pedido inadmissível, conforme solicitado pelos Estados Unidos, por qualquer dos motivos que avançou como exigindo tal conclusão.¹¹³

Lembra também Vlatislav Pechota que no caso do Chipre, perante o sistema ONU, a organização agiu na função de manter a paz, mas também como iniciadora e incentivadora de trocas diplomáticas.¹¹⁴ A subsequente Resolução 186 do Conselho de Segurança, de 1964, que trata justamente sobre as estratégias dos órgãos da ONU, também menciona funções diplomáticas e regulatórias. Haja vista a escala de conflitos no caso do Chipre, o documento diz: “Todos os membros devem abster-se em suas relações internacionais da ameaça ou do uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas”.¹¹⁵

Em casos concretos, a ONU já recorreu a personalidades particulares para exercer a função de mediador, e, não raras vezes, nomeou uma comissão para tanto. No caso da Indonésia (1947-1950), o Conselho de Segurança criou o Comitê de Bons Ofícios, cujo nome se alterou, em 1949, com Resolução 67, para Comissão das Nações Unidas para a Indonésia.¹¹⁶

¹¹³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Peaceful settlement of international disputes**: current state and perspectives. Lectures given at the XXXI Course of International Law organized by the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States in Rio de Janeiro, Brazil, on August 2004. p. 6-7. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020. Tradução livre de: “The complementarity of methods of peaceful settlement of disputes has met with judicial recognition. Thus, in the Nicaragua versus United States case (Jurisdiction and Admissibility, 1984), the ICJ pondered that: “even the existence of active negotiations in which both parties might be involved should not prevent both the Security Council and the Court from exercising their separate functions under the Charter and the Statute of the Court [...]. In the light of the foregoing, the Court is unable to accept either that there is any requirement of prior exhaustion of regional negotiating processes as a precondition to seizing the Court; or that the existence of the Contadora process constitutes in this case an obstacle to the examination by the Court of the Nicaraguan application and judicial determination in due course of the submissions of the Parties in the case. The Court is therefore unable to declare the application inadmissible, as requested by the United States, on any of the grounds it has advanced as requiring such a finding.”

¹¹⁴ PECHOTA, Vlatislav. **Complementary structures of third-party settlement of international disputes**. New York: UNITAR, 1971. p. 10.

¹¹⁵ UNSCR. **Resolution 186**: The Cyprus Question. New York: United Nations, 1964. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/186>. Acesso em: 06 nov. 2020. Tradução livre de: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

¹¹⁶ UNSCR. **Resolution 67**: The Indonesian Question. New York: United Nations, 1949. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/67>. Acesso em: 06 nov. 2020.

Na questão da Palestina (1947-1949), a Assembleia Geral nomeou um mediador e uma comissão de conciliação.¹¹⁷ No conflito entre Índia e Paquistão (1948), o Conselho de Segurança criou um Comitê de Mediação, conhecido como Comissão das Nações Unidas para Índia e Paquistão.¹¹⁸ E, por fim, em relação à Coréia (1951), a Assembleia Geral criou o Comitê de Bons Ofícios.¹¹⁹

Recentemente, por ocasião da celebração dos 75 anos da fundação da ONU, o Secretário-Geral António Guterres lembrou que a Carta das Nações Unidas atribui ao Secretário-Geral, ao Conselho de Segurança e à Assembleia Geral a tarefa de mediação para evitar conflitos.¹²⁰ O *Department of Political and Peace building Affairs* (DPPA) afirma que o método da mediação está em constante evolução como “um reflexo do mundo em que se aplica e responde a ela”.¹²¹

Desde o seu início, as Nações Unidas têm desempenhado um papel crucial ao ajudar a mediar os conflitos entre os Estados e entre os Estados em todas as fases: antes que se transformem em conflito armado, após o início da violência e durante a implementação de acordos de paz. O Secretário-Geral e seus representantes realizam bons ofícios e esforços de mediação a pedido das partes em litígio, por iniciativa do Secretário-Geral ou em resposta a um pedido do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral. A DPA foi criada em 1992 para auxiliar neste trabalho e em 2019, a DPA juntou forças com a Unidade de Apoio à Construção da Paz (PBSO) para formar a nova DPPA.¹²²

O departamento mencionado conta com uma *Mediation Support Unit* (MSU), que é a divisão responsável por prover serviços sobre diálogo e assistência de mediação, fornecendo dados, análises comparativas, suporte no desenvolvimento de

¹¹⁷ UNISPAL. **Palestine**: proposals for a permanent international regime for the Jerusalem area. Communication from the United Nations Conciliation Commission for Palestine to the Secretary-General transmitting the text of a draft instrument. New York: United Nations, 1949. Disponível em: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/426AB77C3C1B506D852563B9007023D8>. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹¹⁸ UNSCR. **Resolution 47**: The India-Pakistan Question. New York: United Nations, 1948. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/47>. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹¹⁹ UNDOCS. **Resolutions adopted by the General Assembly during the period 16 December 1950 to 5 November 1951**. New York: United Nations, 1951. Disponível em: [https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/498\(V\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/498(V)). Acesso em: 06 nov. 2020.

¹²⁰ ONU75: Nações Unidas e os métodos da prevenção e mediação de conflitos. **ONU News**, New York, 23 out. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/10/1730642>. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹²¹ DPPA. **Prevention and mediation**. New York: United Nations. Disponível em: <https://dppa.un.org/en/prevention-and-mediation>. Acesso em: 07 nov. 2020. Tradução Livre.

¹²² Ibid. Tradução livre de: “Since its inception, the United Nations has played a crucial role in helping to mediate inter- and intra-State conflicts at all stages: before they escalate into armed conflict, after the outbreak of violence, and during implementation of peace agreements. The Secretary-General and his representatives carry out good offices and mediation efforts at the request of parties to disputes, on the Secretary General’s initiative, or in response to a request from the Security Council or the General Assembly. DPA was established in 1992 to assist in this work and in 2019, DPA joined forces with the Peacebuilding Support Unit (PBSO) to form the new DPPA.”

estratégias e assistência operacional. Criado em 2006, o MSU já atuou nas áreas de inclusão e gênero, justiça de transição, compartilhamento de poder, construção de capacidades, segurança, diálogos nacionais, recursos naturais e mediações locais.¹²³

Do ponto de vista histórico, o documento de maior relevância no sistema ONU para a mediação é o *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, publicado em 1992. Nele, a organização avançou o entendimento de que a mediação de disputas entre Estados é um instrumento de grande importância para reduzir tensões e prevenir a escala de conflitos.¹²⁴

A mediação pode ser utilizada com o objetivo de reduzir a tensão que pode ter se desenvolvido no curso de uma disputa internacional, desempenhando assim uma função preventiva cuja importância não deve ser esquecida.¹²⁵

Alguns anos depois, em 2009, o então Secretário-Geral Ban Ki-Moon reforçou a necessidade e a importância da mediação no âmbito do sistema ONU no relatório S/2009/189, examinando os desafios enfrentados pelas Nações Unidas no tema, e alinhando considerações no intuito de fortalecer a prática.¹²⁶

O documento menciona como metas a resolução de disputas em tempo menor, o estabelecimento de um ator principal, a seleção dos mais apropriados mediadores para o caso concreto, o envolvimento das partes desde cedo, a estruturação da mediação para atingir as causas-raízes do conflito, o uso da influência pessoal do mediador com sabedoria, o gerenciamento da futura reação intraestatal do acordo, o tratamento de paz e justiça de forma indivisível, a escritura de acordos que facilitem a própria implementação, a continuidade na mediação na fase de implementação, o fornecimento de suporte para mediação, o fortalecimento das capacidades regionais,

¹²³ DPPA. **Mediation support unit**. New York: United Nations. Disponível em: https://dppa.un.org/sites/default/files/dppa_one-pager_msu_0.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹²⁴ UN Office of Legal Affairs, Codification Division. **Handbook on the peaceful settlement of disputes between states**. New York: United Nations, 1992. Disponível em: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 41. Tradução livre de: “Mediation can be resorted to for the purposes of reducing the tension which may have developed in the course of an international dispute, thereby performing a preventive function the importance of which should not be overlooked.”

¹²⁶ UNDOCS. **Report of the Secretary-General on enhancing mediation and its support activities**. New York: United Nations, 2009. Disponível em: <https://undocs.org/en/S/2009/189>. Acesso em: 07 nov. 2020.

nacionais e locais em mediação, a garantia do suporte do Conselho de Segurança se necessário e o provimento de recursos para a mediação.¹²⁷

Já em 2012, a ONU publicou em 11 línguas diferentes, incluído o português, um documento intitulado “Diretrizes das Nações Unidas para uma mediação eficaz”.¹²⁸ Nele, a ONU reconhece que sua Carta constitutiva prevê “a mediação como um meio importante de resolução pacífica de disputas e conflitos, além de um instrumento que tem sido eficaz para tratar de conflitos tanto interestatais como intraestatais”.¹²⁹

Mais recentemente, em setembro de 2016, a Assembléia Geral da ONU adotou a resolução 70/304, intitulada *Strengthening the Role of Mediation in the Peaceful Settlement of Disputes, Conflict Prevention and Resolution*, que, com base nas resoluções 65/283 de 2011, 66/291 de 2012, e 68/303 de 2014, reconhece o aumento do uso da mediação, reflete sobre novos desafios enfrentados pela comunidade internacional e convida os Estados, regiões e sub-regiões a continuarem a incentivar o uso da mediação como instrumento da Carta da ONU para solução pacífica de conflitos.¹³⁰

[A Assembleia Geral] 10. Convida os Estados membros, bem como as Nações Unidas e as organizações regionais e sub-regionais, conforme apropriado, a continuar a aprimorar o uso da mediação e de outras ferramentas mencionadas no Capítulo VI da Carta para a solução pacífica de controvérsias, prevenção e resolução de conflitos e, a este respeito, incentiva a dedicação de mais apoio e recursos, conforme necessário, aos esforços para profissionalizar ainda mais o apoio à mediação para as iniciativas de mediação dos Estados Membros, das Nações Unidas e de organizações regionais e sub-regionais.¹³¹

Esse é o cenário atual da mediação no sistema ONU, sobretudo nos temas de manutenção da paz e da segurança, cuja importância foi reiterada ao longo dos anos,

¹²⁷ UNDOCS. **Report of the Secretary-General on enhancing mediation and its support activities.** New York: United Nations, 2009. p. 5-17. Disponível em: <https://undocs.org/en/S/2009/189>. Acesso em: 07 nov. 2020

¹²⁸ UNDOCS. **Diretrizes das Nações Unidas para uma mediação eficaz.** New York: United Nations, 2012. Disponível em: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012_pt_Jun2015correction_0.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹²⁹ Ibid., p. 2.

¹³⁰ UN PEACEMAKER. **Strengthening the role of mediation in the peaceful settlement of disputes, conflict prevention and resolution.** New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/N1628366.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹³¹ Ibid., p. 5-6. Tradução livre de: [The General Assembly] 10. Invites Member States, as well as the United Nations and regional and subregional organizations, as appropriate, to continue to enhance the use of mediation and other tools mentioned in Chapter VI of the Charter for the peaceful settlement of disputes, conflict prevention and resolution, and in this regard encourages devoting further support and resources, as necessary, to the efforts to further professionalize mediation support for the mediation initiatives of Member States, the United Nations and regional and subregional organizations.

por instrumentos normativos diferentes, e sem muita hesitação ou restrição por parte dos Estados.

2.1.2 OEA

A estrutura normativa da OEA (Organização dos Estados Americanos) consiste em um tripé de tratados internacionais. O primeiro é o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, também chamado de Tratado do Rio, cunhado em 1947, que fundou uma aliança militar defensiva na qual os Estados-parte se comprometeram a exercer sua legítima defesa do art. 51 da Carta da ONU e a usar a estrutura da OEA para consulta quando necessário for.¹³²

O segundo é a Carta de Bogotá, ou Carta da OEA, de 1948, criada por ocasião da Nona Conferência Internacional Americana, que fixa os princípios da Organização e desenha seus arranjos institucionais. A Carta foi alterada em 1997 pelo Protocolo de Washington de 1992, que demorou 5 anos para entrar em vigor, e tratava da consolidação da democracia na região.¹³³

Artigo 24: As controvérsias internacionais entre os Estados membros devem ser submetidas aos processos de solução pacífica indicados nesta Carta. Esta disposição não será interpretada no sentido de prejudicar os direitos e obrigações dos Estados membros, de acordo com os artigos 34 e 35 da Carta das Nações Unidas. Artigo 25: São processos pacíficos: a negociação direta, os bons ofícios, a mediação, a investigação e conciliação, o processo judicial, a arbitragem e os que sejam especialmente combinados, em qualquer momento, pelas partes.¹³⁴

Por fim, o terceiro é o Pacto de Bogotá, ou Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas, de 30 de abril de 1948, que, como a própria Carta da OEA, obriga os Estados-parte a resolverem as controvérsias entre Estados americanos por meios pacíficos, notadamente mediação, investigação e conciliação, bons ofícios, arbitragem e, finalmente, a submissão de um caso à Corte Internacional de Justiça, situada em Haia, Holanda.

¹³² BRASIL. **Decreto nº 25.660 de 13 de outubro de 1948**. Manda executar o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, [...] para a manutenção da paz e da segurança do Continente. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25660-13-outubro-1948-322840-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)**. Washington: OEA. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³⁴ Ibid.

Dessa maneira, a atuação da OEA no campo da solução pacífica de controvérsias tem sido observada por meio dos diversos órgãos criados pelas normativas que sustentam a Organização. Há cinco órgãos criados pela Carta da OEA cujas atividades interessam diretamente ao tema da mediação: a Conferência Interamericana (ou Assembleia Geral da OEA), a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, o Conselho Permanente, a Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas (submetida diretamente ao Conselho), e a Secretaria Geral.

De início, a Assembleia Geral da OEA, prevista nos artigos 53 (a) e 54 a 60 da Carta,¹³⁵ representa o órgão supremo. É ela que decide ações gerais e a política central da Organização, determinando a estrutura de todos os órgãos e a função de cada um. Tem, ainda, autoridade para debater qualquer assunto ligado às relações amigáveis entre os Estados-membros, como a solução de controvérsias.

Em seguida, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, prevista nos artigos 53 (b) e 61 a 69 da Carta,¹³⁶ tem atuação mais relevante para a solução de controvérsias, já que a Assembleia Geral se reúne anualmente. A Reunião é um órgão de consulta em questões de paz e segurança sob a égide do Tratado do Rio, e pode se reunir a qualquer momento, sob pedido de qualquer membro, para discutir assuntos urgentes de interesse comum dos Estados-parte.

Já o Conselho Permanente, presente nos artigos 53 (c) e 80 a 92 da Carta, é um órgão político da OEA, em sessão permanente em Washington. Como previsto no art. 84, tem a missão de velar pela manutenção das relações de amizade entre os Estados-membros e ajudá-los de maneira efetiva na solução pacífica de suas controvérsias.¹³⁷

E, subordinada ao Conselho Permanente, está a Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas, composta por cinco estados-membros eleitos pelo Conselho. A Comissão substituiu o Comitê Interamericano de Paz em 1970, e tem por função auxiliar na solução de controvérsias por meio de investigação, mediação e recomendação sobre os meios apropriados ao caso concreto.

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)**. Washington: OEA. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

Por fim, outro órgão a ser referido é a Secretaria Geral, mencionada nos artigos 53 (f) e 107 a 121 da Carta da OEA. O Secretário-Geral participa com voz, mas sem voto, nas reuniões da Organização (art. 116).¹³⁸ Contudo, em 1985, uma emenda à Carta permitiu que esta figura pudesse levar temas à atenção da Assembleia Geral ou do Conselho Permanente, desde que, em sua opinião, tratassem de ameaças à paz e à segurança do hemisfério, ou do desenvolvimento dos Estados-parte.

Um exemplo da atuação do Secretário-Geral como mediador foi o caso do Grupo Contadora, no qual trabalhou com o Secretário-Geral da ONU para assistir a instância multilateral entre México, Colômbia, Panamá e Venezuela.¹³⁹

Assim, no que diz respeito à situação global na América Central, ele tomou a iniciativa de apresentar em 18 de novembro de 1986 um aide-mémoire aos Governos dos cinco Estados da América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua) e ao oito Governos que integram os Grupos de Contadora e de Apoio (Colômbia, México, Panamá e Venezuela; e Argentina, Brasil, Peru e Uruguai, respectivamente), nos quais explicou a assistência que ambas as organizações, isoladamente ou em conjunto, poderiam prestar para o propósito de promover os esforços de paz dos dois Grupos. Como resultado dessa iniciativa, a Contadora e os Estados do Grupo de Apoio solicitaram a participação dos dois Secretários-Gerais (Nações Unidas e OEA) em uma visita às capitais dos cinco países centro-americanos, realizada em janeiro de 1987.¹⁴⁰

Outro, ainda é o conflito Colômbia e Equador, em 2008, sobre ataques da força aérea colombiana no território equatoriano, no contexto do combate às FARC, que escalava de maneira rápida em 2008. O Secretário-Geral da ONU entendeu por bem

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)**. Washington: OEA. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³⁹ MAIRA, Luis. El Grupo de Contadora y la paz en Centroamérica. In: MUÑOZ, Herardo (org.). **Las políticas exteriores latinoamericanas frente a la crisis**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericanos, 1985. p. 375-384.

¹⁴⁰ UN Office of Legal Affairs, Codification Division. **Handbook on the peaceful settlement of disputes between states**. New York: United Nations, 1992. p. 93-94. Disponível em: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020. Tradução livre de: "Thus, as regards the global situation in Central America, he has taken the initiative of submitting on 18 November 1986 an aide-mémoire to the Governments of the five Central American States (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua) and the eight Governments making up the Contadora and Support Groups (Colombia, Mexico, Panama and Venezuela; and Argentina, Brazil, Peru and Uruguay, respectively), in which he explained the assistance that both organizations, singly or jointly, could provide for the purpose of promoting the peace efforts of the two Groups. As a result of said initiative, the Contadora and Support Group States requested the participation of the two Secretaries-General (United Nations and OAS) in a visit to the capitals of the five Central American countries, which took place in January 1987."

submeter o caso à mediação da OEA, que, com sucesso, chegou a um acordo entre as partes.¹⁴¹

Eis o espectro da mediação enquanto solução pacífica de controvérsias no âmbito da Organização dos Estados Americanos, que conta com uma estrutura complexa e em bom funcionamento.

2.1.3 União Europeia

A União Europeia (UE) tem uma abordagem diferente das supramencionadas, dos sistemas ONU e OEA, pois falamos de conflitos interestatais e também interpessoais. Em 1952, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço foi fundada para funcionar como um instrumento de integração econômica e, mais tarde, expandida com o acréscimo da Comunidade Econômica Europeia e da Comunidade Europeia de Energia Atômica, em 1957.

Normativas subsequentes, principalmente o Ato Único Europeu de 1986 e o Tratado de Maastricht de 1992, promoveram um processo de integração, adicionando objetivos políticos comuns do bloco e o conceito de União Europeia, além de consolidar arranjos institucionais como eleições majoritárias.

Mais tarde, no Tratado de Amsterdã de 1997 e no Tratado de Lisboa de 2009, enxerga-se uma evolução na relação entre os Estados-membros. Sob a égide das disposições atuais, a resolução de controvérsias na União Europeia é de responsabilidade do Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja jurisdição é extensa o suficiente para abarcar todos os Estados-membros, órgãos comunitários e pessoas jurídicas e físicas.

Parte da doutrina afirma que até maio de 2011, não havia instrumentos normativos vinculantes a nível europeu sobre autocomposição.¹⁴² Em 1998, o Conselho da Europa adotou a Recomendação R(98)1, do Comitê de Ministros aos Estados-membros sobre mediação familiar.¹⁴³ Em 2001, foi criada a EEJ-Net, a rede

¹⁴¹ COLÔMBIA e Equador fecham acordo sobre resolução na OEA. **BBC News Brasil**, São Paulo, 05 mar. 2008. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/03/printable/080305_colombia_oearg. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴² SOLETO, Muñoz. La mediación em la Unión Europea. *In*: SOLETO, Muñoz; PARGA, Otero (coord.). **Mediación y solución de conflictos**: habilidades para una necesidad emergente. Madrid: Tecnos, 2007. p. 185-203.

¹⁴³ COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory memorandum to Recommendation no. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on family mediation**. Strasbourg: Council of Europe,

de resolução extrajudicial de conflitos para disputas consumeristas transfronteiriças na União Europeia.¹⁴⁴ No mesmo ano, foi estabelecida a FIN-Net, uma rede de organizações nacionais responsável por resolver extrajudicialmente conflitos consumeristas da área de serviços financeiros.¹⁴⁵

Em 2002, aprovou-se o Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial, da Comissão das Comunidades Europeias.¹⁴⁶ Este documento prevê modos alternativos para as matérias citadas, além de direito do trabalho e do consumidor, com o objetivo de estabelecer princípios fundamentais que outorguem as garantias necessárias para que a mediação e os demais modos de solução de conflitos fora das cortes ofereçam um nível de segurança compatível à administração da justiça. O Livro Verde traz vinte e uma questões sobre soluções alternativas de conflitos, como sobre cláusulas de submissão, prescrição, confidencialidade, validade do consentimento, eficácia dos acordos, execução, formação de mediadores, credenciamentos dos profissionais, regime de responsabilidade, dentre outros.

Finalmente, em 2008, o Parlamento Europeu publicou a Diretiva 2008/52/CE, com vigor apenas em maio de 2011, advinda das recomendações de 1998 (98/257/CE) e de 2001 (2001/310/CE), obrigando que os Estados-membros reflitam, importem ou criem normas que contemplem mecanismos de solução amigável de conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos internos dos estados.¹⁴⁷

De acordo com a *European Justice*, o Portal Europeu da Justiça, site oficial da União Europeia, o panorama da mediação na UE é de incentivo ao uso desse método

1998. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ee220. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁴ EUR-LEX. **Network for the extra-judicial settlement of consumer disputes (EEJ-Net)**. Luxembourg: Publications Office of the EU, 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI32043>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION. **About FIN-Net**. Brussels: European Commission. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁶ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial**. Luxemburgo: Publications Office of the EU, 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33189>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial**. Luxemburgo: Publications Office of the EU, 2008. Disponível em: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/765b7161-8950-44ca-9b48-03ef5954ce8a/language-pt>. Acesso em: 09 nov. 2020.

de solução de controvérsias, de facilitação de recurso à mediação. Sobre seu escopo material, diz a EJ:

A Diretiva «Mediação» é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial em que pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de qualquer das outras partes à data em que estas decidam, por acordo, recorrer à mediação ou em que a mediação seja ordenada por um tribunal.¹⁴⁸

Sob a égide da UE, portanto, os Estados-membros são obrigados a incentivar a formação de mediadores e a garantir a mediação de elevada qualidade em seu âmbito interno; cada juiz no território europeu tem o direito de convidar as partes de um litígio a recorrerem primeiro à mediação, a depender das peculiaridades do caso concreto; e os acordos obtidos na mediação podem ser tornados executórios por vontade das partes.

É altamente incentivado, portanto, no âmbito do direito comunitário europeu, o uso da mediação como forma de acesso à justiça, fora dos quadros de um tribunal.

Durante a mediação, as partes são convidadas a encetar ou reatar o diálogo e a evitar confrontos. As partes escolhem elas próprias a técnica de resolução do litígio e desempenham um papel particularmente activo nos esforços para encontrar a solução que mais lhes convém. Noutros casos, em especial nos conflitos de consumo, é o mediador que encontra a solução e a apresenta às partes. A resolução do litígio depende da obtenção de um acordo entre as partes; se as partes não chegarem a acordo, o mediador não impõe uma solução.¹⁴⁹

É permitido a todo Estado-membro da UE a adoção de leis domésticas que obriguem a utilização da mediação em quaisquer casos, desde que não proibam subsequente acesso a um tribunal. Até mesmo o tribunal pode ordenar ou sugerir a mediação antes de iniciar um processo em seu âmbito. O incentivo é grande pois a solução dos conflitos é, na maioria das vezes, mais rápida e mais barata que um procedimento judicial ordinário, além de evitar o confronto inerente a um processo, o que permite a manutenção das relações profissionais ou pessoais das partes durante a mediação.¹⁵⁰

Os princípios fundamentais da mediação na União Europeia, enquanto norma geral, são: imparcialidade, confidencialidade e voluntariedade. Para o primeiro, a

¹⁴⁸ PANORAMA da mediação na UE. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁹ MEDIAÇÃO. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_mediation-62-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵⁰ Ibid.

posição neutra do mediador, que, em sua atribuição, não atua como conselheiro das partes, mas como facilitador de um acordo entre elas. Para o segundo, a regra geral do sigilo dos documentos apresentados no contexto da mediação e das atas do que foi dito nos encontros, para que não sejam utilizados em eventual processo judicial, além da proibição dos mediadores serem testemunhas. Para o terceiro, o respeito à recusa das partes para a mediação, sem que isso tenha influência no resultado de seu litígio.¹⁵¹

Dessa maneira, é possível afirmar que o quadro normativo da União Europeia para a adoção da mediação como método consensual de solução de controvérsias traz elementos avançados, com princípios e fases específicas para o procedimento.

2.1.4 Sistemas regionais de proteção de direitos humanos

Pela grande influência da Convenção de Roma de 1950,¹⁵² criadora do Sistema Europeu de Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), em 1969,¹⁵³ iniciaremos a análise da mediação nos dois sistemas simultaneamente.

Ambos os documentos criam uma etapa processual primária que envolvem, em seus escopos, funções de mediação e conciliação – Comissão Europeia de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Apenas após essa passagem obrigatória pelos órgãos mencionados, há uma possível segunda etapa envolvendo órgãos judiciais – Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Europeia ainda prevê a atuação de um órgão político, o Comitê de Ministros, que tem função mediadora e conciliatória, junto com a função judicial. O art. 39 (1), por exemplo, fixa que o Tribunal “poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objetivo de se alcançar

¹⁵¹ PRINCÍPIOS fundamentais e fases da mediação. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Strasbourg: ECHR, Council of Europe, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵³ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Washington: OEA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

uma resolução amigável do assunto”¹⁵⁴ e, em seguida, no art. 39 (3) e (4), afirma respectivamente que “em caso de solução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterá uma breve exposição dos factos e da solução adoptada” e “tal decisão será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela execução dos termos da resolução amigável tais como constam da decisão”.¹⁵⁵

Em ambos os sistemas, os pedidos, sejam por Estados, sejam por particulares, devem ser sempre remetidos a essa primeira análise por uma Comissão que exerce, dentre outros papéis, o de mediadora. Na prática, os casos individuais apresentados são infinitamente maiores que os casos levados aos sistemas por Estados. Nesta última opção, os sistemas atuam como meios regionais de solução pacífica de controvérsias entre Estados.

Sobre o papel da Comissão Europeia de Direitos Humanos, diz a nota de informação do seu Secretário em 1996.

17. A Convenção confia à Comissão uma missão de conciliação, que consiste em se colocar à disposição das partes tendo em vista chegar a uma solução amigável do litígio que se inspire no respeito dos direitos do homem tal como eles são reconhecidos pela Convenção. Os termos da conciliação são descritos num relatório sumário, que é publicado.¹⁵⁶

Pela Convenção Europeia, notadamente no art. 24, qualquer Estado-parte pode apresentar à Comissão uma reclamação de que outro Estado-parte violou a Convenção.¹⁵⁷ Na Convenção Interamericana, no entanto, art. 45 prevê que uma declaração especial é exigida tanto do Estado demandante, quando do Estado demandado, para que reconheçam a competência da Comissão para receber e examinar esse tipo de comunicação na qual um Estado-membro alega que outro violou um direito humano consagrado na Convenção.¹⁵⁸

¹⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Strasbourg: ECHR, Council of Europe, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ A COMISSÃO Europeia de Direitos do Homem: organização, processo e atividades. Nota de informação do Secretário da Comissão Europeia de Direitos do Homem, janeiro de 1996. **DHNet**, [S.l.]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedhopa.htm>. Acesso em 09 nov. 2020.

¹⁵⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, op. cit.

¹⁵⁸ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Washington: OEA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

De forma contrária, o art. 44 da Convenção Americana não exige nenhuma declaração especial, no Sistema Interamericano, para que indivíduos apresentem casos à Comissão alegando violação da Convenção por algum Estado, geralmente aquele onde habitam.¹⁵⁹ Por outro lado, o Sistema Europeu, no art. 25 da Convenção Europeia, demanda uma declaração desse tipo do Estado-réu, para que reconheça a competência da Comissão.¹⁶⁰

Por fim, o Sistema Africano de Direitos Humanos, criado pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, da Organização da União Africana (OUA), conta com um órgão semelhante intitulado Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que pode receber comunicações de Estados-partes, alegando que outro Estado-parte violou as disposições da Carta. Essa comunicação pode ser realizada após um período de negociações que terminou por ser infrutífero ou de maneira direta à Comissão, pela redação dos artigos 47 e 49 da Carta.¹⁶¹

A Comissão Africana pode buscar todas as informações relevantes dos estados petionários, e também tem função de mediação e conciliação, devendo tentar todos os meios apropriados para chegar a uma solução amigável, de acordo com o art. 52 da Carta:

Artigo 52º: Depois de ter obtido, tanto dos Estados Partes interessados como de outras fontes, todas as informações que entender necessárias e depois de ter procurado alcançar, por todos os meios apropriados, uma solução amistosa baseada no respeito dos direitos humanos e dos povos, a Comissão estabelece, em um prazo razoável, a partir da notificação referida no artigo 48º, um relatório descrevendo os fatos e as conclusões a que chegou. Esse relatório é enviado aos Estados interessados e comunicado à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo.¹⁶²

Em todos os casos, portanto, a Comissão Africana redige um relatório, no qual apresenta suas conclusões factuais e recomendações de atuação, para transmiti-lo à Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da OUA.

Artigo 58º: 1. Quando, no seguimento de uma deliberação da Comissão, resulta que uma ou várias comunicações relatam situações particulares que parecem revelar a existência de um conjunto de violações graves ou maciças

¹⁵⁹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Washington: OEA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Strasbourg: ECHR, Council of Europe, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶¹ CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Carta de Banjul. **DHNet**, [S./]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶² Ibid.

dos direitos humanos e dos povos, a Comissão chama a atenção da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo sobre essas situações. 2. A Conferência dos Chefes de Estado e de Governo pode então solicitar à Comissão que proceda, quanto a essas situações, a um estudo aprofundado e que a informe através de um relatório pormenorizado, contendo as suas conclusões e recomendações. 3. Em caso de urgência devidamente constatada, a Comissão informa o Presidente da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo que poderá solicitar um estudo aprofundado.¹⁶³

O que é peculiar no Sistema Africano é que Carta, inicialmente, apenas previu uma Comissão de Direitos Humanos e dos Povos, com poderes de solução amigável de controvérsias, e não uma Corte com jurisdição e decisões vinculantes. Foi apenas em 1998, com o Protocolo Adicional à Carta de Banjul, é que se criou a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Foi apenas em 2003, após a décima-quinta ratificação, que o Protocolo Adicional entrou em vigor. Vale destacar o art. 2º do Protocolo, segundo o qual o trabalho da Corte deverá ser um complemento ao mandato da Comissão, ou seja, insistindo no fato de que há dois órgãos trabalhando juntos pela proteção e pela garantia dos direitos humanos na região, além de dar primazia aos métodos de solução consensual não-jurisdicional, no âmbito da Comissão.

Além disso, é atribuição da Comissão, e não da Corte, no Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos, a interpretação da Carta Africana, o que geralmente é competência dos órgãos jurisdicionais. Sobre isso afirmam Leonardo Nemer, Luciana Diniz e Marinana Andrade:

Outra importante competência exercida pela Comissão é a competência interpretativa. A Carta de Banjul dispõe, em seu artigo 45, III, que compete a este órgão a responsabilidade de efetuar eventuais interpretações teóricas a respeito de seus dispositivos. Poderá a Comissão fazê-lo, então, mediante pedido de qualquer um dos Estados-parte da União Africana, de seus órgãos e, até mesmo, de outras organizações africanas que sejam reconhecidas pela UA. É válido destacar que esta função interpretativa, no cenário internacional, normalmente é de responsabilidade de órgãos jurisdicionais¹⁹, o que não é o caso da Comissão.¹⁶⁴

A mediação nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, portanto, levando em conta os Sistemas Interamericano, Europeu e Africano, está prevista no âmbito das respectivas Comissões, que exercem, dentre outras

¹⁶³ CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Carta de Banjul. **DHNet**, [S./l.]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶⁴ PEREIRA, Luciana Diniz Durães; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BARROS, Marinana Andrade. **O sistema africano de proteção dos direitos humanos e dos povos**. Belo Horizonte: [s.n.], 2006. p. 6915-6932. p. 6920. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_brant_sistema_africano_leonardo_nemer_caldeira_br_ant.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

atribuições, funções de solucionar pacificamente e não-jurisdicionalmente os conflitos que nela chegam.

2.1.5 Convenção de Singapura

A comunidade internacional considera que o dia 07 de agosto de 2019 entrou para a história da mediação internacional, pois 46 países assinaram, em Singapura, a Convenção que tem por objetivo facilitar a execução de acordos firmados através de mediação no tema de comércio internacional. O evento foi organizado pelo Ministério da Justiça de Singapura e pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

Até os dias atuais, o documento foi assinado por 53 países e ratificado por seis.¹⁶⁵ O Brasil ainda não consta da lista oficial dos países signatários, o que, segundo analistas políticos, demonstra um longo caminho para a ratificação, haja vista a necessária manifestação de vontade pelos órgãos do Executivo e pelas Casas Legislativas.¹⁶⁶

Durante as tratativas, o Brasil participou dos chamados trabalhos preparatórios para a escrita de todos os excertos do tratado, desde o título, o preâmbulo, até o último artigo, por fazer parte do Grupo de Trabalho de elaboração dos rascunhos e do texto final, o que nos faz não compreender a não-adesão ao tratado até o momento.¹⁶⁷

A Convenção de Singapura é fruto da Resolução 73/198 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de dezembro de 2018, segundo a qual a Assembleia “elogia a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional por preparar o projeto de convenção sobre acordos de liquidação internacional resultantes da mediação”.¹⁶⁸ O Primeiro-Ministro de Singapura, Lee Hsien Loong, discursou no

¹⁶⁵ Para acompanhar os signatários e ratificadores da Convenção: UN. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁶⁶ GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Cingapura e a mediação. **Valor Econômico**, São Paulo, 07 out. 2020. Caderno Legislação. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/10/07/convencao-de-cingapura-e-a-mediacao.ghtml>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁶⁷ TRAVAUX préparatoires. **Singapore Mediation Convention Information Digest**, New Delhi, 2019. Disponível em: <https://www.singaporemediationconvention.org/travaux-pr%C3%A9paratoires>. Acesso em: 02 fev. 2021.

¹⁶⁸ UNDOCS. **Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018 73/198 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. New York: United Nations, 2018. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/73/198>. Acesso em 10 nov.

sentido de afirmar que a Convenção “é um comunicado poderoso no apoio ao multilateralismo”.¹⁶⁹

Esse documento visa criar, para o âmbito da mediação comercial internacional, as mesmas condições que um dia teve a arbitragem após a adoção da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York, em 1958.¹⁷⁰

Foi apenas em 12 de setembro de 2020, de acordo com o art. 14 (1) da Convenção, que ela entrou em vigor, após obter o número mínimo de ratificações de 3 Estados-membros.

Já o preâmbulo da Convenção denota a importância da mediação para o comércio internacional:

As Partes desta Convenção,
Reconhecendo o valor para o comércio internacional de mediação como um método para resolver disputas comerciais em que as partes em litígio solicitam a uma terceira pessoa ou pessoas para ajudá-los em sua tentativa de resolver a disputa amigavelmente,
Observando que a mediação é cada vez mais usada na prática comercial nacional e internacional como uma alternativa ao litígio,
Considerando que o uso da mediação resulta em benefícios significativos, como a redução dos casos em que uma disputa leva ao término de uma relação comercial, facilitando a administração de transações internacionais por partes comerciais e gerando economia na administração da justiça pelos Estados,
Convencidos de que o estabelecimento de uma estrutura para acordos de solução internacional resultantes da mediação que seja aceitável para Estados com sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes contribuiria para o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas [...].¹⁷¹

2020. Tradução livre de: “commends the United Nations Commission on International Trade Law for preparing the draft convention on international settlement agreements resulting from mediation.”

¹⁶⁹ MAIS de 40 países incluindo a China assinam Convenção de Cingapura sobre Mediação. **Xinhua News**, Pequim, 08 ago. 2019. Disponível em: http://portuguese.xinhuanet.com/2019-08/08/c_138293193.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷⁰ UNCITRAL. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the “New York Convention”)**. New York: United Nations. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷¹ UNCITRAL. **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. New York: United Nations, 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf. Tradução livre de: “The Parties to this Convention, Recognizing the value for international trade of mediation as a method for settling commercial disputes in which the parties in dispute request a third person or persons to assist them in their attempt to settle the dispute amicably, Noting that mediation is increasingly used in international and domestic commercial practice as an alternative to litigation, Considering that the use of mediation results in significant benefits, such as reducing the instances where a dispute leads to the termination of a commercial relationship, facilitating the administration of international transactions by commercial parties and producing savings in the administration of justice by States, Convinced that the establishment of a framework for international settlement agreements resulting from mediation that is acceptable to States with different legal, social and

O art. 1º afirma que a Convenção se aplica a acordos escritos ou registrados de outra maneira, desde que resultados de um procedimento de mediação para resolver uma controvérsia comercial entre partes sediadas em países diversos. Assim, pode-se afirmar que Convenção de Singapura não se aplica a acordos consumeristas, familiares, civis, trabalhistas, nem acordos aprovados ou concluídos por meio da jurisdição de algum tribunal ou pela arbitragem.

Bem próximo dos conceitos apresentados no Capítulo 1, item 1.6, do presente trabalho, mediação para a Convenção de Singapura, é, pela redação do art. 2 (3), um processo amigável de solução de disputas com a assistência de um terceiro que não impõe decisões:

"Mediação" significa um processo, independentemente da expressão utilizada ou da base sobre a qual o processo é realizado, por meio do qual as partes tentam chegar a uma solução amigável para sua controvérsia com a assistência de uma terceira pessoa ou pessoas ("o mediador") em falta a autoridade para impor uma solução às partes da disputa.¹⁷²

Os princípios gerais aplicáveis ao acordo de transação fruto da mediação estão no art. 3: cada estado-membro regula internamente suas normas de processo, em acordo com o estabelecido pela Convenção; e caso surja alguma controvérsia sobre um assunto já resolvido em acordo de transação, o Estado-parte signatário deverá permitir à parte a invocação do acordo, se isso não conflitar com as previsões das leis domésticas. Há grande autonomia aos Estados-partes no âmbito da Convenção, pois a intenção era criar mecanismos e balizas para o assunto, não impor regras de maneira incisiva.

Tendo entrado em vigor durante a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), com os sistemas de justiça e os métodos formais de resolução de disputa impactados pelas crises decorrentes da pandemia, a Convenção se torna ainda mais importante, já que empresas se viram forçadas a encontrar alternativas para resolver disputas que apenas se acumularam nesse tempo. Nesse sentido, afirma Gibson Dunn:

Como tal, a entrada em vigor da Convenção é mais do que oportuna. Se a atual aceitação por parte dos signatários e a experiência histórica com a

economic systems would contribute to the development of harmonious international economic relations."

¹⁷² UNCITRAL. **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. New York: United Nations, 2019. Tradução livre de: "Mediation' means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ('the mediator') lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute."

Convenção de Nova York em termos de promoção da arbitragem globalmente forem considerados, as coisas parecem muito positivas para o futuro da mediação e da Convenção de Cingapura. É sem dúvida que a Convenção é um passo importante no crescimento e desenvolvimento da mediação globalmente e fornece uma alternativa viável para o atual impasse de resolução de disputas.¹⁷³

A Convenção de Cingapura, portanto, é recente e importante normativa internacional para a mediação em âmbito mundial, no tema de comércio transnacional. É relevante mencionar o Grupo de Trabalho da UNCITRAL adotou o termo “mediação” no lugar de “conciliação” propositalmente, justificando a escolha no fato de que a mediação é mais utilizada globalmente, o que melhora a visibilidade da Convenção.¹⁷⁴

2.1.6 Modelos UNCITRAL e Banco Mundial

A Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) foi criada em 1966 no escopo criar um ambiente de colaboração entre os países no tema do desenvolvimento econômico, por meio da elaboração de tratados e leis-modelos, estratégias que permitem aos estados-partes uniformizar ou harmonizar suas normativas internas com os padrões internacionais estabelecidos pelo órgão da ONU.¹⁷⁵

Entre as criações normativas mais importantes da UNCITRAL estão a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG),¹⁷⁶ e a Lei-Modelo de Arbitragem,¹⁷⁷ . Ambas foram

¹⁷³ DUNN, Gibson. **The Singapore Convention on Mediation: new kid on the dispute resolution block now in force**. [S. l.], 16 out. 2020. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/10/singapore-convention-on-mediation-new-kid-on-dispute-resolution-block-now-in-force.pdf>. Tradução livre de: “As such, the Convention’s entry into force is more than timely. If the current uptake by signatories and the historic experience with the New York Convention in terms of promoting arbitration globally are anything to go by, things are looking very positive for the future of mediation and the Singapore Convention. It is without a doubt that the Convention is a momentous step in growing and developing mediation globally and providing a viable alternative to the current dispute resolution gridlock.”

¹⁷⁴ UNDOCS. **Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixty-fourth session (New York, 1-5 February 2016)**. New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/CN.9/867>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷⁵ UNCITRAL. **United Nations Commission on International Trade Law**. New York: United Nations. Disponível em: <https://uncitral.un.org/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷⁶ UNCITRAL. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)**. New York: United Nations, 1980. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷⁷ UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. New York: United Nations, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em: 10 nov. 2020.

internalizadas no direito brasileiro, a primeira no Decreto Presidencial 8327/2014, e a segunda na Lei Federal n.9.307/1996.

Em 2002, após a grande adesão dos Estados-membros para a Lei-Modelo de Arbitragem, a UNCITRAL criou uma Lei-Modelo de Conciliação Internacional, que tratou dos procedimentos de conciliação e mediação, já que a escolha do nome, à época, como informa o preâmbulo, significava uma interpretação de que ambos os termos eram intercambiáveis:

Em seus textos anteriormente adotados e documentos relevantes, a UNCITRAL utilizou o termo "conciliação" por entender que os termos "conciliação" e "mediação" eram intercambiáveis. Ao alterar a Lei Modelo, a UNCITRAL decidiu usar o termo "mediação" em um esforço para se adaptar ao uso real e prático dos termos e com a expectativa de que essa mudança facilitará a promoção e aumentará a visibilidade da Lei Modelo. Esta mudança na terminologia não tem quaisquer implicações substantivas ou conceituais.¹⁷⁸

O texto original de 2002, de fato, considerava os termos similares, como diz o preâmbulo da Resolução 57/18 da Assembleia Geral: a Assembleia Geral, “Observando que tais métodos de solução de controvérsias, referidos por expressões como conciliação e mediação e expressões de importância semelhante, são cada vez mais usados na prática comercial nacional e internacional como uma alternativa ao litígio”.¹⁷⁹ Da mesma maneira elucida o art. 1 (3) da Lei-Modelo de 2002:

Para os fins desta Lei, "conciliação" significa um processo, seja referido pela expressão conciliação, mediação ou uma expressão de significado semelhante, por meio do qual as partes solicitam a uma terceira pessoa ou pessoas ("o conciliador") para auxiliá-los em sua tentativa para chegar a uma resolução amigável de sua disputa decorrente de ou relacionada a uma relação contratual ou outra relação jurídica.¹⁸⁰

¹⁷⁸ UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018**. New York: United Nations, 2018. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation. Acesso em: 10 nov. 2020. Tradução livre de: “In its previously adopted texts and relevant documents, UNCITRAL used the term ‘conciliation’ with the understanding that the terms ‘conciliation’ and ‘mediation’ were interchangeable. In amending the Model Law, UNCITRAL decided to use the term ‘mediation’ instead in an effort to adapt to the actual and practical use of the terms and with the expectation that this change will facilitate the promotion and heighten the visibility of the Model Law. This change in terminology does not have any substantive or conceptual implications.”

¹⁷⁹ UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002**. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf. Acesso em 10 nov. 2020. Tradução livre de: “Noting that such dispute settlement methods, referred to by expressions such as conciliation and mediation and expressions of similar import, are increasingly used in international and domestic commercial practice as an alternative to litigation.”

¹⁸⁰ Ibid. Tradução livre de: “For the purposes of this Law, ‘conciliation’ means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby

Já com a alteração de 2018, sob a égide da Convenção de Singapura, tratada no subitem 2.1.5., a Lei-Modelo passou a se chamar Lei-Modelo sobre Mediação Comercial Internacional e de Acordos Internacionais de Transação resultantes da Mediação.¹⁸¹ Portanto, a nível da UNCITRAL, a normativa internacional sobre Mediação é a Convenção de Singapura.

Por meio do Documento Técnico 319, apresentado em junho de 1996 pelo Banco Mundial, a organização apresentou uma proposta de reformas aos Poderes Judiciários dos Estados-membros, especialmente os da região da América Latina e do Caribe, com base em relatórios anuais publicados que traziam à lume a importância do papel do Judiciário nas reformas do Estado.¹⁸²

A influência do Banco Mundial nas reformas brasileira e latino-americanas no geral é clara, pois destacam-se os objetivos do relatório:

- a) Aprimorar a qualidade na prestação de serviços judiciais;
- b) Reduzir a morosidade;
- c) Ampliar o acesso à Justiça;
- d) Implantar Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC, em conformidade com os interesses e padrões internacionais;
- e) Dotar o Judiciário de transparência e previsibilidade de decisões, para fomentar um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos;
- f) Garantir os direitos individuais e a propriedade e o respeito aos contratos, de forma previsível.

parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship.”

¹⁸¹ UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018**. New York: United Nations, 2018. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁸² DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e Caribe**. Documento técnico do Banco Mundial n. 319. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

2.2 A mediação no direito comparado

O presente subitem pretende perpassar alguns ordenamentos jurídicos internos de países com grande relevância na área da mediação, sem pretensão de exaurimento, apenas elencando aspectos principais de suas normativas. Para tanto, fizemos um recorte para estudarmos, a mediação nos Estados Unidos, como sendo o sistema precursor do instituto, a mediação na Inglaterra, como exemplo do sistema common law, a mediação em Portugal, em função da relação histórico-cultural com o nosso país e a mediação na Argentina, frequentemente apontada como sendo a experiência mais avançada entre os países sul-americanos.

2.2.1 Estados Unidos da América

Foi desde os anos 1970 que surgiram nos EUA o conceito de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou seja, Resolução Alternativa de Disputas. Os métodos ADR ganharam força principalmente pelos custos elevados da justiça comum e pela demora nas soluções de conflitos simples. O movimento foi chamado de *quiet revolution in dispute resolution*, e trazia o objetivo de claro de evitar que as controvérsias fossem levadas ao judiciário.¹⁸³

A concepção é que novas “portas” deveriam ser abertas, para que o acesso à justiça não se restringisse ao mero ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário. Surge a famosa expressão *multi-door court house* originalmente usada por Frank Sander, professor de Harvard, em 1976 numa conferência que ficou conhecida como “Pound Conference”, realizada a convite do Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, Warren Burger, para debater os problemas enfrentados pela justiça (publicada em 1979).¹⁸⁴

Os temas de direito do consumidor e de locações foram os primeiros a serem atingidos pelas ADR, que em pouco tempo se tornaram populares. De forma crítica, entretanto, Sally Merry e Neil Milner tratam das diferentes formas de mediação como

¹⁸³ BLACKMAN, John. Neutral evaluation: an ADR technique whose time has come. **FindLaw Attorney Writers**, Eagan, Jan. 2017. Disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>. Acesso em: 09 nov. 2011.

¹⁸⁴ SANDER, Frank. **Varieties of dispute processing**. Minnesota: West Publishing, 1979. p. 65-87.

decorrentes ou não decorrentes de normas estatais e como a segunda forma, apenas, é de fato considerada uma mediação fora dos quadros oficiais.

Às vezes, os programas de mediação americanos reivindicam a autoridade da lei estadual para administrar as disputas que ouvem e, em algumas circunstâncias, contam com a força do sistema legal estadual ou a ameaça de invocá-lo para pressionar as partes a chegarem a acordos “voluntários”. Por outro lado, os programas de mediação comunitária representam uma forma de resistência à lei estadual, com seu compromisso de descobrir e aprimorar formas não-estatais de ordenação. Eles se esforçam para resolver disputas de forma não violenta, embora em muitas situações eles confiem secretamente na violência da lei.¹⁸⁵

Na área do direito de família, a mediação é largamente aplicada desde os anos 1970. Já em 1978, O. J. Coogler publicou a obra *Structured Mediation in Divorce Settlement: A Handbook for Marital Mediators Hardcover*.¹⁸⁶ Nela, o autor defende a mediação estruturada para fornecer às famílias um meio de chegar a um acordo pré-divórcio sobre divisão de propriedade, pensão alimentícia e custódia dos filhos, uma vez que emprega um processo cooperativo de resolução de conflitos, incluindo análise financeira, aconselhamento e assessoria jurídica.

Lenard Marlow e Richard Sauber afirmam que foram primeiro os profissionais da saúde, sobretudo terapeutas, que perceberam o estrago de um divórcio na vida de uma família e defenderam métodos conciliatórios para a solução do conflito:

Em geral, a mediação do divórcio representou uma resposta de saúde mental ao problema do divórcio. Certamente, houve advogados que também expressaram sua preocupação, principalmente advogados da comunidade acadêmica. Em geral, porém, foram os terapeutas, testemunhando os efeitos do divórcio sobre as famílias que tratavam, que primeiro insistiram na necessidade de procedimentos mais adequados.¹⁸⁷

¹⁸⁵ MERRY, Sally Engle; MILNER, Neil. **The possibility of popular justice**: a case study of community mediation in the United States. Law, Meaning and Violence. Ann Harbor: University of Michigan Press, 1995. p. 6. Tradução livre de: “Sometimes American mediation programs claim the authority of state law to manage the disputes they hear, and in some circumstances they rely on the force of the state legal system or the threat of invoking it in order to press parties to reach ‘voluntary’ agreements. On the other hand, community-mediation programs represent a form of resistance to state law, with their commitment to uncovering and enhancing nonstate forms of ordering. They endeavor to resolve disputes non-violently, although in many situations they rely covertly on law’s violence.”

¹⁸⁶ COOGLER, O. J. **Structured mediation in divorce settlements**: a handbook for marital mediators. Lexington: Lexington Books, 1978.

¹⁸⁷ MARLOW, Lenard; SAUBER, Richard. **The Handbook of Divorce Mediation**. US: Springer US, 1990. p. 4. Tradução livre de: By and large, divorce mediation represented a mental-health response to the problem of divorce. To be sure, there were lawyers who also expressed their concern, particularly lawyers from the academic community. In general, however, it was therapists, witnessing the effects of divorce upon the families they treated, who first insisted upon the necessity for more appropriate procedures.

Também na área acadêmica, evidenciou-se a importância do tema da mediação para o cotidiano estadunidense pelo programa do Curso de Direito da Universidade de Harvard, que existe desde 1981, intitulado justamente *Harvard Mediation Program*, cujo objetivo é preparar negociadores e mediadores para atuarem em casos litigiosos e fora do judiciário.

Sem sombra de dúvidas, além do aprofundamento acadêmico, o treinamento dos mediadores se tornou cada vez mais intenso e incentivava uma abordagem democrática, para enfatizar o consenso na resolução da disputa, e não uma atuação como a dos juízes, mas sem o aparato judicial.¹⁸⁸

Na mediação estadunidense, as partes têm o controle da situação e o poder de se submeter ou não à decisão do terceiro mediador, e isso tem demonstrado ser a alternativa mais adequada para os casos em que as partes têm uma relação extra-conflito que necessitam ou gostariam de manter, como parentesco, vizinhança e acordos comerciais entre empresas. Contudo, há a preocupação de não se aplicar a mediação quando se verificar falta de cooperação ou um abismo de desigualdade entre as partes envolvidas.¹⁸⁹

Nos EUA, ainda, há uma técnica de mediação intitulada *fact-finding*, que é modalidade obrigatória, misturando elementos de mediação e arbitragem, segundo a qual um terceiro mediador assiste as partes para determinar objetivamente qual o escopo de sua disputa, quais os fatos sobre os quais recaem as controvérsias.¹⁹⁰

Existem também estudos sobre a prática de mediação nos EUA que examinam os efeitos do *caucusing*, isto é, reuniões privadas entre o mediador e as partes, em oposição à condução de apenas sessões conjuntas com o mediador. McGillicuddy, Welton e Pruitt concluem que as partes, nessas sessões individuais, são menos

¹⁸⁸ MCGILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; PRUITT, Dean G. Third-party intervention: a field experiment comparing three different models. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, n. 53, p. 104-111, 1987.

¹⁸⁹ METZLOFF, Thomas. Alternative Dispute Resolution Strategies in Medical Malpractice. **Alaska Law Review**, Durham, v. 9, p. 429-458, 1992. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/allr9&div=17&id=&page>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁹⁰ MNOOKIN, Robert. Alternative dispute resolution. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**. Cambridge, USA, Paper 232, 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=117252. Acesso em: 09 nov. 2020.

hostis, fornecem mais informações e oferecem maior número de alternativas, em comparação ao seu comportamento nas sessões conjuntas.¹⁹¹

Em 1988, os EUA adotaram a *Alternative Dispute Resolution Act*, “exigindo que todos os tribunais federais implementem as ADRs e concedendo autoridade aos juízes para enviar um caso para procedimentos obrigatórios de ADR, incluindo mediação”¹⁹². Tão-somente alguns estados preveem a mediação obrigatória, como a Califórnia, para os temas de família, especificamente sobre visitação e guarda de crianças, já que não há tal previsão a nível nacional.¹⁹³

O objetivo declarado dessa previsão na Califórnia era reduzir as brigas desnecessárias dos pais, encorajar a supremacia das resoluções focadas nas crianças e promover princípios de contato parental máximo. A exigência é de que a mediação seja implementada no caso concreto não mais de 60 dias após o início do procedimento, ou seja, o protocolo da petição inicial.¹⁹⁴ Estudos quantitativos da legislação californiana demonstram que “aproximadamente 20-30 por cento das famílias em separação buscam a resolução de questões de custódia dos filhos por meio do sistema judicial e, portanto, são obrigadas a mediação”¹⁹⁵.

As instituições *American Arbitration Association*, *American Bar Association* e *Association for Conflict Resolution* adotaram, em 1994, com revisão em 2005, parâmetros para a conduta dos mediadores, que trata de temas clássicos como imparcialidade, conflitos de interesse, competência e confidencialidade.¹⁹⁶

Existem vários organismos profissionais de mediadores nos Estados Unidos. Esses grupos incluem a *American Arbitration Association*, o *Federal Mediation and Conciliation Service*, o *Nation Mediation Board*, o *Civil Mediation Council*, o *Chartered*

¹⁹¹ MCGILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; PRUITT, Dean G. The role of caucusing in community mediation. **Journal of Conflict Resolution**. Thousand Oaks, n. 32, p. 181-202, 1988.

¹⁹² RAZO, Christopher; FERGUSON, Deionna; LEWIS, Rodney. Mediation in the USA. **Lexology**, USA, Sept. 9 2019. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1afc5951-1db6-4f91-8e3b-500022484dbd>. Acesso em: 02 mar. 2021. Tradução livre de: “requiring all federal trial courts to implement ADR and granting judges authority to send a case to mandatory ADR procedures, including mediation.”

¹⁹³ BOXER-MACOMBER, Lauri. Revisiting the impact of California’s Mandatory Custody Mediation Program on victims of domestic violence through a feminist positionality lens. **St. Thomas Law Review**. Miami Gardens, v. 15, p. 883, 2003.

¹⁹⁴ USA. **California Family Code**, § 3175. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-3175.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

¹⁹⁵ KOURLIS, Rebecca Love *et al.* IAALS’ Honoring Families Initiative: courts and communities helping families in transition arising from separation or divorce. **Family Court Review**, [S. l.], v. 51, p. 351, 2013.

¹⁹⁶ ADR. **The Model Standards of Conduct for Mediators**. [S. l.]. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

*Institute of Arbitrators, o US Institute of Peace, o United Nations Department of Political Affairs e a Judicial Arbitration and Mediation Services.*¹⁹⁷

Assim, os estados criam seus requisitos próprios para a função de mediador, mas há a certificação online por programas como *National Association of Certified Mediators*, que exige apenas um diploma de ensino médio e a conclusão com sucesso do curso pela Internet. Por fim, há mediadores por nomeação dos tribunais, que devem ter um padrão mais elevado para seguir a carreira de mediador, alguns estados exigem graduação e pós-graduação em Direito, e até aprovação na *Bar Association* daquele estado.

A mediação estadunidense, portanto, é altamente difundida nos mais diversos domínios, notadamente direito de família, consumidor e empresarial, com uma vasta gama de leis federais e estaduais que formam um corpo normativo junto aos códigos de processo civil, regulamentos de cortes e regras costumeiras sobre contratos.¹⁹⁸

2.2.2 Inglaterra

De maneira diversa, a Inglaterra ainda não utiliza a mediação como uma ferramenta principal de solução de litígios, no entanto, o movimento *parents forever*, surgido da burocracia e do desgaste do divórcio litigioso pela legislação inglesa, tomou espaço em 1978.

Na época, Lisa Parkinson iniciou a primeira atividade de mediação independente e remunerada em Bristol, inicialmente apenas para visita e guarda de filhos, e, depois, difundida por toda a Inglaterra.¹⁹⁹ Com base nessa experiência positiva, em 1988, foi fundada uma associação de mediação voltada às questões familiares, o *Family Mediation Council*.²⁰⁰

Para além do tema familiar, a mediação na Inglaterra também é utilizada para discussão de contratos empresariais, comerciais e para os direitos trabalhistas, desde que o assunto tangencie apenas valores econômicos e tangíveis, como cláusulas de

¹⁹⁷ RAZO, Christopher; FERGUSON, Deionna; LEWIS, Rodney. Selecting mediators in USA. **Lexology**, USA, Sept. 24 2019. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bee1f561-9175-454f-9021-651935fec026>. Acesso em: 02 mar. 2021.

¹⁹⁸ HOPT, Klaus; STEFFEK, Felix. **Mediation**: principles and regulation in comparative perspective. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁹⁹ PARKINSON, Lisa. **Family mediation**. 3rd ed. London: Family Law, 2014.

²⁰⁰ FMC. **Family Mediation Council**. London: FMC, 2021. Disponível em: <https://www.familymediationcouncil.org.uk/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

contratos, saída de sócios, quebra de acordos, causas trabalhistas e litígios comunitários.

Contudo, todo esse aparato regulatório de mediação não foi criado pelo poder público, mas a cultura foi sendo estabelecida por mediadores extrajudiciais com a própria prática, e a carreira é autorregulada pelo *Civil Mediation Council*, uma instituição que visa promover a solução de conflitos e disputas, incentivando o uso da mediação para promover a educação do público em questões ligadas a isso.²⁰¹

Não há a previsão obrigatória de mediação prévia, nem uma grande cultura de mediação, apesar do incentivo do governo, dos altos custos de processos judiciais e da demora em se obter uma solução imposta por um juiz, como critica Paul Randolph:

Então, o que leva o público a comprar em massa um produto que sabe ser caro, demorado e arriscado de usar, em vez de um mais barato, mais rápido e com pouco ou nenhum risco? [...] Como espécie, não somos programados para transigir, somos programados para vencer.²⁰²

As *Civil Procedure Rules* são a fonte principal de regulamentação da mediação no Reino Unido, e as partes em disputa devem consultar as previsões de pré-ação do CPR, que estabelecem as medidas a serem adotadas antes de iniciar procedimentos judiciais, incluindo a mediação como resolução alternativa de controvérsias. Esse protocolo de conduta afirma que litígio perante uma corte deve ser o último recurso, e, se existir, o juiz ou tribunal pode exigir provas de que uma medida dessas foi tentada.²⁰³

Isso significa que as partes em litígio perante um tribunal, que não desejem participar de ao menos uma tentativa de mediação, devem estar preparadas para explicar a esse tribunal quais as razões da inadequação da mediação para o seu caso, nomeadamente quando o tribunal considera qual das partes deva pagar as despesas do litígio.²⁰⁴

²⁰¹ CMC. **Civil Mediation Council**. London: CMC, 2018. Disponível em: <https://civilmediation.org/about/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁰² RANDOLPH, Paul. Compulsory mediation. **New Law Journal**, London, Apr. 2010. Procedure & Practice, p. 499. Tradução livre de: “So what is it that drives the public to purchase in droves a product they know is costly, lengthy and risky to use, in preference to one that is cheaper, faster and has little or no risk? [...] As a species, we are not programmed to compromise, we are programmed to win.”

²⁰³ LAMBERT, Donald; FINLAYSON, Nicole. Mediation in United Kingdom. **Lexology**, UK. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>. Acesso em: 02 mar. 2021.

²⁰⁴ Ibid.

De acordo com o art. 1.4(2)(e), as cortes do Reino Unido não precisam sobrestar processos em favor de uma tentativa de mediação, mas têm um dever de gerenciar os casos de forma ativa, o que inclui o incentivo das partes para usar uma forma de resolução alternativa de controvérsias, como a mediação, quando apropriado.²⁰⁵

Há uma instituição de mede em números as práticas de mediação no Reino Unido, o CEDR (*Center for Effective Dispute Resolution*), segundo o qual, no último relatório de 2018, 12.000 mediações comerciais, exceto aquelas para as chamadas pequenas causas, somaram aproximadamente £ 11,5 bilhões, o que representou um aumento de 20% no número de mediações comerciais desde a última auditoria em 2016.²⁰⁶ Ainda de acordo com o estudo, 45% das disputas são resolvidas com mediação, enquanto o segundo lugar está com 24% para negociações pré-litígio.

Que uma proporção tão pequena de casos vai a julgamento é bem conhecido, mas o fato de que 45% de todos os casos agora são resolvidos por meio de mediação mostra o quão longe o campo avançou em termos de romper o antigo regime de conflito de desgaste.²⁰⁷

Quanto a quem pode ser mediador no Reino Unido, não há regulamentação por legislação, nem um organismo profissional central e nem algum credenciamento que deva ser obtido para que uma pessoa use o título de mediador. No entanto, uma instituição privada, o *Civil Mediation Council* (CMC), oferece treinamento voluntário e padrões de prática para indivíduos e organizações.

O esquema de registro CMC para mediadores civis e comerciais individuais prevê requisitos como ser aprovado em um curso de treinamento registrado no órgão; seguir um código de conduta adequado; manter registros publicados de todas as reclamações que chegam a eles; realizar pelo menos seis horas de desenvolvimento profissional contínuo específico de mediação por ano, além de outros requisitos de prática especificados.²⁰⁸

²⁰⁵ LAMBERT, Donald; FINLAYSON, Nicole. Mediation in United Kingdom. **Lexology**, UK. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>. Acesso em: 02 mar. 2021.

²⁰⁶ CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. **The Eighth Mediation Audit**. London: CEDR, 2018. Disponível em: www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/The_Eighth_Mediation_Audit_2018.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

²⁰⁷ Ibid. Tradução livre de: "That such a small proportion of cases go all the way to trial is well known, but the fact that 45% of all cases now achieve settlement by way of mediation shows how far the field has come in terms of disrupting the ancien regime of attritional conflict."

²⁰⁸ Todos os requisitos podem ser encontrados aqui: CMC. **Civil Mediation Council Individual Registration Scheme**. Disponível em: <https://civilmediation.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-Individual-Registration-Guidance-Notes.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

Segundo o CEDR, 62% dos mediadores no Reino Unido são avançados, com muita experiência, enquanto 19% se consideram intermediários, com alguma experiência, e outros 19% se veem como novatos, ou seja, capacitados, mas sem vivência significativa.²⁰⁹

2.2.3 Portugal

Até meados de abril de 2013, a noção mais completa de mediação em Portugal era a do art. 35 da Lei dos Julgados de Paz, já revogada:

A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

Foi essa legislação que institucionalizou a mediação de conflitos no âmbito da administração da justiça, o que foi logo seguido por grande disseminação nas áreas penal, trabalhista e familiar.

Com o advento da Lei da Mediação, a Lei 29/2013, a noção de mediação se tornou mais objetiva, no art. 2º: “Mediação [é] a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

Isso significa que a lei de 2013 “regulou as bases da prática profissional da mediação de conflitos privada, nomeadamente nas áreas civil e comercial”²¹⁰. A mudança se deu principalmente pela entropia do sistema judicial e pela necessidade urgente de um desafogamento dos tribunais através das resoluções alternativas de conflitos.

Vale ressaltar que uma lei constitucional de 1989 permitia a criação de formas de composição não jurisdicionais de conflitos. Segundo Elisabete Costa:

Em 1989, reconheceu-se pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, que a lei poderia institucionalizar instrumentos e formas de composição não

²⁰⁹ CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. **The Eighth Mediation Audit**. London: CEDR, 2018. Disponível em: www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/The_Eighth_Mediation_Audit_2018.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

²¹⁰ COSTA, Elisabete Pinto da. A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada. *In*: OLIVEIRA, António Cândido & PIRES, César. **O Estado da Justiça**. Lisboa: Universitárias Lusófonas, 2017. p. 75.

jurisdicional de conflitos, conferindo dessa forma sustentação constitucional aos MARL [Meios Alternativos de Resolução de Litígios] e, em especial, à mediação de conflitos.²¹¹ (colchetes acrescentados)

A primeira experiência em mediação, entretanto, foi em 1993, com a criação do Instituto Português de Mediação Familiar, que, com uma equipe multidisciplinar de juízes, psicólogos e terapeutas, e, trabalhando em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários, fundaram o primeiro curso de formação de mediadores familiares em 1994. Já em 1997, o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados criaram o Gabinete de Mediação Familiar, em Lisboa, para funcionar de forma experimental, sob os princípios da extrajudicialidade, voluntariedade, gratuidade, flexibilidade, confidencialidade e rapidez.²¹²

A mediação em Portugal teve grande influência do impulso sobre o tema no âmbito da União Europeia, como o Conselho Europeu de Tampere, em 1999, que propôs a criação de procedimentos extrajudiciais; o Livro Verde de 2002, sobre métodos alternativos de resolução de litígios civis e comerciais; o Código de Conduta Europeu para Mediadores de 2004; e a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre aspectos da mediação civil e comercial.²¹³

Por conta deste debate do direito comunitário europeu, o Programa do XIV Governo Constitucional português defendeu a implantação de meios de composição extrajudicial de conflitos e de medidas que endossassem transações judiciais e desincentivassem litígios. Como exemplo deste impacto, a cidade de Lisboa criou, em 1999, o Gabinete de Mediação Familiar.²¹⁴

Mais tarde, após a mencionada Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, houve a inclusão de normas sobre mediação de conflitos no Código de Processo Civil português. Os artigos 249º-A/C e 279º-A tratavam de mediação pré-judicial, suspensão de prescrição e decadência, confidencialidade, homologação de acordo de mediação e suspensão de instância.

A inserção dessas normas, apesar de ser um marco do direito português, foi alvo de críticas, pois, mesmo construindo um sistema de justiça com destaque à

²¹¹ COSTA, Elisabete Pinto da. A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada. *In*: OLIVEIRA, António Cândido & PIRES, César. **O Estado da Justiça**. Lisboa: Universitárias Lusófonas, 2017. p. 77.

²¹² MAGALHÃES, Luísa. A evolução do regime jurídico da mediação em Portugal: os antecedentes normativos de maior revelo até à lei n. 29/2013 de 19 de abril. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, Universidade Lusófona do Porto, n. 9, p. 158, 2019.

²¹³ COSTA, op. cit., p. 77.

²¹⁴ COSTA, loc. cit.

mediação, quebrou a coerência do código. Por causa destas críticas, os artigos supracitados foram revogados e a mediação restou mencionada apenas no art. 273º, que trata de suspensão de instância.

Foi só após a Lei n. 29/2013, chamada Lei da Mediação, que o país obteve um enquadramento normativo específico sobre o assunto,²¹⁵ o que, segundo França Gouveia, se tornou “indiscutivelmente parte integrante de um sistema moderno de justiça”²¹⁶.

Portanto, a mediação, como método extrajudicial de resolução de litígios, tem em Portugal um caminho legislativo marcado pela implementação dos julgados de paz, pela multiplicação dos sistemas de mediação pública em áreas específicas e, depois, no contexto de matérias de natureza civil e comercial, por previsão no Código de Processo Civil, e por fim, num estatuto autonomizado por via da Lei nº 29/2013.

2.2.4 Argentina

Das 24 províncias argentinas, 22 têm legislação que obriga a busca por conciliação e mediação antes de ingressar com um processo na jurisdição comum. De acordo com Antônio Veloso Peleja Júnior, isso significou uma redução de 30% do estoque processual.²¹⁷ Essa cultura, segundo Bárbara Lupetti, valoriza o uso do instituto “fora dos tribunais”, em espaços extrajudiciais, enquanto o Brasil as mediações são realizadas principalmente no âmbito do Judiciário.²¹⁸

A lei principal do ordenamento argentino é a Ley 26589/2010, que trata sobre o caráter obrigatório da mediação, na modalidade de mediação prévia a processos judiciais para a região de Buenos Aires.²¹⁹ No mesmo sentido, foi a redação do

²¹⁵ MEDIAÇÃO nos Estados-Membros – Portugal. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pt-pt.do?member=1. Acesso em: 01 abr. 2021.

²¹⁶ GOUVEIA, M. França. Mediação e Processo Civil. In: GONÇALVES, Luís. **Cadernos de Direito Privado**, n. 1 – Especial, p. 24-44, 2010. Braga: CEJUR, 2010.

²¹⁷ NA ARGENTINA, conciliação obrigatório reduz estoque de processos em 30%. **DESJUD**, [S. l.], 30 maio 2015. Disponível em: <https://www.desjud.com.br/2015/05/30/na-argentina-conciliacao-obrigatoria-reduz-estoque-de-processos-em-30/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²¹⁸ LUPETTI, Bárbara. Nossos hermanos porteños têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²¹⁹ ARGENTINA. **Ley 26.589**. MEDIACION Y CONCILIACION. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [2010]. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26589-166999/texto>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Decreto Reglamentário 1467/2011, que faculta ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos a criação de normas complementares e de um sistema de gestão informatizado para registro dos trâmites de mediação.²²⁰

A solução engendrada pela Argentina para seu grande fluxo de processos em demandas judiciais surtiu efeito principalmente pela obrigatoriedade da mediação ou da conciliação antes de se levar um caso a um tribunal, o que não veda o acesso à justiça, pois ainda haverá a possibilidade de discutir judicialmente o conflito, se não solucionado amigavelmente.²²¹

Em comparação com o Brasil, o sistema parece de fato desafogar os tribunais, diferente do nosso, no qual, segundo Bárbara Lupetti “a mediação não está colaborando com a desjudicialização dos conflitos, mas apenas trocando-os de sala”²²².

Ao todo, há três leis vigentes na Argentina:

- a) a Lei n. 24.573 de 1995, que modificou o Código Civil e Comercial;
- b) a Lei 26.589 de 2010, que redefiniu a obrigatoriedade de mediação prévia a processos judiciais; e
- c) a Lei 27.222 de 2015, que trata de prazos de prescrição e decadência sendo suspensos por conta da mediação.²²³

Os temas abarcados pela mediação argentina, seja aquela de serviços comunitários de mediação ou de órgãos privados, são: negócios, família, direito de vizinhança, imóveis, sucessões, danos pessoais, seguros, dentre outros.²²⁴

²²⁰ ARGENTINA. **Decreto 1467/2011**. MEDIACION Y CONCILIACION. Reglaméntase la Ley N° 26.589. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=187495>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²²¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La mediación y el arbitraje en Argentina: situación actual. **Themis Revista de Derecho**, Lima, v. 43, p. 93-104, 2001. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11592>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²²² LUPETTI, Bárbara. Nossos hermanos porteños têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²²³ ARGENTINA. **Ley 26.589**. MEDIACION Y CONCILIACION. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [2010]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²²⁴ MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **Mediação privada na Argentina, no Brasil e em Portugal: máxima satisfação social via emancipação do indivíduo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa) Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7921/Artigo%20UnisulVirtual%20-%20ISABELA%20MAIA%20MESQUITA%20MARTINS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2021.

O Ministério de Justiça e Direitos Humanos, com base na sua Diretoria Nacional de Mediação, pode fornecer cursos gratuitos de mediadores, supervisionar projetos, homologar programas de formação e capacitação de mediadores, além de endossar publicação de estudos sobre o tema nos *Cuadernos de Mediación*.²²⁵

A mediação pública, por um lado, é gratuita, direcionada aos hipossuficientes, realizada por centros públicos de mediação; enquanto a mediação privada é remunerada, realizada fora do âmbito judicial, em escritórios particulares, de forma individual por mediadores privados, ou por associações. Outra classificação ainda diz respeito à obrigatoriedade de realização: voluntárias, quando solicitadas pelas partes; as prévias e obrigatórias, como condição de procedibilidade para ajuizamento de demandas judiciais; e aquelas indicadas por determinação judicial no curso do processo.²²⁶

Assim, de todos os países da América Latina, a Argentina tem destaque por ter sido o primeiro a reconhecer a mediação como um instituto jurídico, com regulamentação própria, e também por se preocupar com a efetividade de sua aplicação, sendo reconhecida como uma experiência bem-sucedida de meios alternativos de solução de conflitos no continente.²²⁷

²²⁵ MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **Mediação privada na Argentina, no Brasil e em Portugal: máxima satisfação social via emancipação do indivíduo.** Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa) Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7921/Artigo%20UnisulVirtual%20-%20ISABELA%20MAIA%20MESQUITA%20MARTINS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²²⁶ LUPETTI, Bárbara *et al.* Fronteiras entre Judicialidade e não Judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 1-25, 2016.

²²⁷ MARTINS, *op. cit.*

PARTE II: A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Na segunda parte do presente trabalho, partir-se-á para uma análise da mediação no direito interno brasileiro. Para tanto, o Capítulo 3 abordará os antecedentes históricos da mediação no país, desde a Constituição de 1824, até a Carta de 1967/1969, perpassando também pelos textos infraconstitucionais dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

O Capítulo 4, em seguida, tratará do processo de elaboração do marco legal atual no tema da mediação, aprofundando-se na Constituição de 1988, enquanto contentora de um conteúdo normativo em prol do valor da justiça e da resolução pacífica de controvérsias, fora e dentro do aparato estatal; e nos Projetos de Lei iniciais que não obtiveram aprovação final, como os de 1998, de Zulaiê Cobra, e o substitutivo de 2003, de Pedro Simon. Também será estudado o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível e a Resolução CNJ nº 125/2010. Por fim, serão enfrentadas as normativas do Código de Processo Civil de 2015 e o processo legislativo de aprovação da Lei 13.140/2015, incluindo os debates nas Comissões de Juristas do Senado Federal e de Especialistas do Ministério da Justiça.

O Capítulo 5, por sua vez, abordará os elementos específicos conformadores da Lei 13.140/2015, como o ideário do diploma, o conceito ali trazido para a mediação, o objeto e o sujeito mediadores, as mediações judicial e extrajudicial, além da transação pelo Poder Público e outras observações relevantes sobre a lei.

CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A Constituição do Império de 1824

Ainda que possa soar errático aos ouvidos do estudioso dos meios pacíficos de solução de controvérsias que tais modalidades de resolução de litígios já encontravam previsão na nossa primeira Constituição pós-independência, há registros históricos que demonstram tal afirmação.

O artigo 160 da Constituição do Império do Brasil, de 1824, previa que “[n]as causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso se, assim, o convencionarem as

mesmas partes”.²²⁸ E, o artigo 161, afirmava que “[s]em se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.²²⁹

Em seguida, ainda, o art. 162 estabelecia que para as tentativas de reconciliação: “Haverá juizes de paz, os quais serão eleitos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e distritos serão reguladas por lei”.²³⁰

Os Juizes de Paz foram justamente criados para assumir tais resoluções pacíficas das controvérsias, para além da lide jurisdicional, já que eram eleitos, portanto, de confiança do povo e mais suscetíveis a angariar um acordo entre as partes. Nesse sentido afirma Kazuo Watanabe:

Assim, passa a existir, formalmente, a figura do juiz de paz, que já existia antes, sendo consagrada pela Constituição. Ao longo da nossa história constitucional, percebemos que essa Instituição veio sendo mantida, mas perdendo cada vez mais as suas atribuições; até que, no Regime Militar, perdeu completamente a função jurisdicional. Juiz de paz passa a ser mero juiz de casamento. Com a Constituição de 1988, a Instituição recupera as atribuições anteriores, mas, ainda, não vemos efeito prático dessa modificação. Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa Instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente, de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal.²³¹

A Lei de 15 de outubro de 1827, à luz da Constituição de 1824, designou em cada uma das freguesias e das capelas curadas um Juiz de Paz. Tanto que o artigo 5º, §1º da referida lei disciplinava que a figura do Juiz de Paz buscasse conciliar as partes que desejassem demandar, além de prever expressamente a modalidade da conciliação. Aqui vale a pena realçar que ainda não se utilizava o termo “mediação”, utilizando-se “conciliação” como termo amplo que abrangia toda e qualquer método de composição amigável:

Lei de 15/10/1827, art. 5º, §1º: Ao Juiz de Paz compete conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por

²²⁸ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²³¹ WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22). p. 44. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrossim o procurador munido de poderes ilimitados.²³²

Tal legislação, claramente escravagista, previa que tais conflitos surgidos entre os cidadãos e sob competência do Juiz de Paz poderiam ser desde “passagens de rios ou ribeiros”, até “danos feitos por escravos”. Mencionava, no art. 5º, §14, que o Juiz de Paz tinha a atribuição de compor as contentas e dúvidas.

Lei de 15 de outubro de 1827, art. 5º, §14: Procurar a composição de todas as contendas, e duvidas, que se suscitarem entre moradores do seu districto, acêrca de caminhos particulares, atravessadouros, e passagens de rios ou ribeiros; acêrca do uso das aguas empregadas na agricultura ou mineração; dos pastos, pescas, e caçadas; dos limites, tapagens, e cercados das fazendas e campos; e acerca finalmente dos damnos feitos por escravos, familiares, ou animaes domésticos.²³³

Nesse mesmo ínterim, o Regulamento 120 de 1842, sobre atividades policiais e o papel dos Juizes de Paz, previa no seu artigo 111 a necessidade da assinatura de um “termo de bem viver”, voltado a apaziguar as relações na sociedade.²³⁴ Assim, percorremos tanto os diplomas legislativos e executivos, como o texto da Constituição de 1824, e pudemos constatar ter havido à época do império a utilização inicial das soluções pacíficas não-convencionais de controvérsias.

3.2 As Constituições da República até 1988

Aos poucos, sobretudo após tornar-se República, o Brasil mudou sua forma de tratar as soluções dos conflitos. No início do período republicano, o Brasil aboliu a tentativa obrigatória de conciliação prévia (ou de reconciliação) ao processo judicial, como era a regra sob a égide da Constituição imperial. Entretanto, ainda reconhecia

²³² BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Crêa em cada uma das freguezias e das capellas curadas um Juiz de Paz e supplente. Rio de Janeiro: 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=Art%205%C2%BA%20Ao%20Juiz%20de,com%20as%20partes%20e%20Escriv%C3%A3o. Acesso em: 20 nov. 2020.

²³³ BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Crêa em cada uma das freguezias e das capellas curadas um Juiz de Paz e supplente. Rio de Janeiro: 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=Art%205%C2%BA%20Ao%20Juiz%20de,com%20as%20partes%20e%20Escriv%C3%A3o. Acesso em: 20 nov. 2020.

²³⁴ BRASIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842**. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841. Rio de Janeiro: 1842. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

os acordos celebrados entre as partes que estivessem na livre disposição de seus bens, se o tivessem feito em forma de escritura pública ou nos autos do processo.

Assim, o instituto da solução pacífica das controvérsias, sobretudo a conciliação, ainda tinha certo valor, mas o Estado não oferecia mais uma estrutura específica para sua realização, tendo a Constituição da República de 1891 silenciado tanto sobre a conciliação, como sobre a Justiça de Paz.

De certo modo, esse movimento guarda sentido com as ideologias da época, notadamente a ascensão dos debates sobre o Estado Liberal. A característica mais marcante da primeira Constituição republicana era o federalismo nos moldes do modelo dos Estados Unidos da América, afinal, o Brasil tinha deixado de ser um Estado unitário para se tornar Federação.²³⁵

A estrutura institucional do Poder Judiciário prevista nos artigos 55 a 62 da Constituição de 1891, estabelecia um sistema de jurisdição dual: de um lado, a criação da justiça federal, e, de outro, a justiça estadual dos membros da Federação. Os artigos seguintes atribuíam aos estados a competência para instituir as próprias constituições e leis, respeitados os limites e princípios da Carta Maior.

Dessa forma, vigoram vários Códigos de Processo estaduais, alguns dos quais mantiveram a tentativa conciliatória preliminar como atribuição do Juiz de Paz, apesar da extinção da obrigatoriedade pelo Decreto 359 de 1890:

Decreto 359 de 1890, art. 1º: É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosequirem as acções, civeis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo á causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for admissivel e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral.²³⁶

Curioso constar como justificativa do Decreto a presunção de que a instituição da conciliação obrigatória importava uma ingerência do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se viam na livre administração de seus bens, e que podiam, voluntariamente, se submeter a uma conciliação particular.²³⁷

²³⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado theorico e pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1889. p. VII e XIII.

²³⁶ BRASIL. **Decreto nº 359, de 16 de abril de 1890**. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas civeis e commerciaes. Rio de Janeiro: 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D359.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²³⁷ Ibid.

Rosa Maria Vieira lembra que o estado de São Paulo, por exemplo, manteve a competência dos Juízes de Paz para funcionarem como conciliadores, embora não exigisse a obrigatoriedade da sessão de conciliação antes da propositura de uma demanda, conforme exegese do Decreto mencionado.²³⁸

Por outro lado, ainda sob o comando da Constituição de 1891, em 1932, criou-se a Justiça do Trabalho, ainda que sob regime administrativo. Nela, principalmente nas Juntas de Conciliação e Julgamento, compostas por representantes de empregadores e empregados, além do juiz presidente, havia a obrigatoriedade da tentativa de conciliação. Dizia o artigo 13:

Decreto 22.132 de 25 de novembro de 1932: Se forem necessárias diligências, o presidente designará nova audiência, para prosseguimento do feito. Se porém, a instrução estiver finda, o presidente da Junta proferirá a conciliação, e, se não prevalecer a sua proposta, os demais membros proferirão julgamento, que se fará por maioria, cabendo também voto ao presidente.²³⁹

Por sua vez, a Constituição de 1934 estabelece a criação da Justiça Eleitoral e a introduz normas específicas sobre a ordem econômica e social, sobretudo por influência das Constituições Mexicana de Weimar, delimitando o Estado de Bem-Estar Social.²⁴⁰

O artigo 104, §4º, da Constituição de 1934 afirmava que “os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso de suas decisões para a Justiça comum”.²⁴¹ O art. 122, parágrafo único, mantém a previsão das Comissões de Conciliação em matéria trabalhista, mas não aprofunda seu alcance.

Com o recrudescimento do poder no Estado Novo, surge a Constituição de 1937, no primeiro governo de Getúlio Vargas. Essa Carta também fazia menção à Justiça da Paz em artigo de mesma numeração, 104, e de redação similar: “Os

²³⁸ VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz: do Império a nossos dias**. 2. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2002. p. 77-78.

²³⁹ BRASIL. **Decreto nº 22.132 de 25 de novembro de 1932**. Institue Juntas de Conciliação e Julgamento e regulamenta as suas funções. Rio de Janeiro: 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-publicacaooriginal-82731-pe.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 83-84.

²⁴¹ BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

Estados poderão criar a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com a ressalva do recurso de suas decisões para a Justiça togada”.²⁴²

No âmbito da competência atribuídas aos Estados, a Constituição de 1937 previa no art. 18, em sua alínea “d”, que os estados podiam legislar para suprir as lacunas das legislações federais, sobre o tema das “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”.²⁴³ Assim, era possível aos Estados valerem-se das estruturas da Justiça de Paz para a promoção da conciliação extrajudicial, em um claro estímulo às soluções pacíficas.

No período logo após as duas Grandes Guerras, numa efervescência política pela redemocratização dos países, sobretudo para tornar suas Constituições rígidas, com um rol fixo de direitos individuais e com maior grau de dificuldade para serem reformados, é promulgada a quinta Constituição brasileira, em 1946. O artigo 124, X, previa que os estados que organizariam suas justiças e que eles poderiam instituir a Justiça de Paz de forma temporária, “com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis, e competência para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei”.²⁴⁴

Não havia, portanto, menção clara à função de conciliação dos Juízes de Paz, o que não significava, por outro lado a sua vedação. Digno de registro que pela primeira vez previu-se a atribuição da celebração de casamentos, uma das únicas que resistiu ao tempo.²⁴⁵

A Constituição de 1946 ainda realizou a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, atribuindo-lhe a competência para conciliar e julgar os conflitos decorrentes das relações de trabalho. O art. 122 descreve os órgãos da Justiça do Trabalho e, dentre eles, estão as Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento.²⁴⁶

Constituição de 1946, art. 123: Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores,

²⁴² BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁴⁵ VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz: do Império a nossos dias**. 2. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2002. p. 50.

²⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.²⁴⁷

Sob esse sistema constitucional, a Lei 968 de 10 de dezembro de 1949 resgatou a conciliação como fase preliminar em casos de desquite litigioso ou deveres alimentares. O próprio artigo 1º diz que:

Nas causas de desquite litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação.²⁴⁸

Vale notar que a previsão da Justiça de Paz, consagrada pelo art. 124, X, da Constituição de 1946, foi mantida mesmo após o golpe militar de 1964, com a promulgação da Constituição de 1967 e sua Emenda n.01 de 1969, já sob o artigo 136, §1º, c), segundo o qual a lei poderá criar “Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis”.²⁴⁹

Nesse ínterim, apesar da falta de menção expressa no texto constitucional, foi promulgada a Lei 5.748/68, que trouxe a previsão de conciliação nas ações de alimentos, na forma das audiências de conciliação de julgamento obrigatórias, entre os artigos. 9º e 11.²⁵⁰

Todavia, embora tanto a Constituição de 1967, como a Emenda Constitucional n.01 de 1969 tivessem mantido a previsão da Justiça de Paz, não perdurou por muito mais tempo, tendo sido decretada sua extinção pelo Ato Institucional n. 11, de 14 de agosto de 1969, ao prescrever em seu artigo 4º. “Fica extinta a Justiça de Paz eletiva, respeitados os mandatos dos atuais Juízes de Paz, até o seu término”.²⁵¹

²⁴⁷ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949**. Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acôrdo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0968.htm#:~:text=L0968&text=LEI%20N%C2%BA%20968%2C%20DE%2010,provisionais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁴⁹ BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁵¹ BRASIL. **Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969**. Fixa data das eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, estabelece normas para a coincidência de mandatos no âmbito municipal, extingue a justiça de paz eletiva, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

Portanto, foi possível constatar que ao longo do transcurso do tempo, a previsão normativa da Constituição do Império, de 1824, que estabelecia a tentativa prévia da conciliação como requisito para o ingresso em juízo, perdeu vigência já na primeira Constituição Republicana. De outro lado, alguns diplomas infraconstitucionais passaram a incentivar a conciliação. Por seu turno, a previsão da Justiça de Paz perpassou pelas Constituições de 1934 até a Emenda Constitucional n. 01 de 1969, até ser abolida pelo Ato Institucional n. 11, de 1969.

3.3 O Código de Processo Civil de 1939

Sob a égide da Constituição de 1937, foi aprovado o Código de Processo Civil de 1939, que deixou o Poder Judiciário alheio a qualquer tipo de composição fora das estruturais jurisdicionais oficiais. Entre os artigos 263 e 272, não há uma menção sequer sobre a possibilidade de conciliação ou mediação.²⁵²

De certa forma, esse trabalho continuava sendo atribuição dos Juízes de Paz, dos Delegados de Polícia e dos Promotores de Justiça, que realizavam o primeiro atendimento à população e se valiam do manejo informal da conciliação para a solução dos problemas.

Contudo, concordamos com Roque Komatsu, para quem essa possibilidade encontrava respaldo na aproximação afetuosa e no respeito que a população tinha pelas autoridades, e não por tomarem para si uma modalidade de solução de conflitos fora do Judiciário.²⁵³

3.4 O Código de Processo Civil de 1973

O Código Processual Civil de 1973 ainda manteve o princípio do impulso oficial e retirou força da oralidade do processo civil, o que, de certa forma, prejudica audiências de conciliação e mediação. Apesar de não haver uma menção sequer ao

República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁵² BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁵³ KOMATSU, Roque. **Tentativa de conciliação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 65-66.

termo “mediação”, a conciliação está prevista como forma de extinção do processo, mas sem caráter preliminar obrigatório.²⁵⁴

Sobre o nome genérico de “conciliação”, afirma Fernanda Tartuce que “no Código de Processo Civil de 1973, a tentativa de obtenção de uma composição consensual para o conflito era sempre designada “conciliação”.²⁵⁵

Os artigos 447 a 449 preveem que a conciliação é uma forma de solução da controvérsia quando o litígio tratar de direitos patrimoniais de caráter privado, inclusive no tema de família, no que couber, além de dar força de sentença ao acordo assinado pelas partes e homologado pelo juiz.

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.²⁵⁶

Além disso, o art. 125, IV do CPC/73 afirma que o juiz poderia, a qualquer tempo, tentar conciliar as partes, mas não estimulava a prática com maior robustez, tão-somente previa a possibilidade.²⁵⁷ Afirmam, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer:

O CPC/1973 não fazia qualquer menção à mediação e referia-se à conciliação basicamente como integrante de um dos atos do processo de conhecimento, a audiência preliminar, a ser realizada, em regra, pelo próprio juiz.²⁵⁸

Por derradeiro, ainda no contexto do CPC/73, foi aprovada Lei 6515/77, a Lei do Divórcio, que promoveu significativa alteração no ordenamento jurídico vigente. Como estímulo à composição das partes, estabeleceu como dever do juiz buscar a

²⁵⁴ KOMATSU, Roque. **Tentativa de conciliação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 67.

²⁵⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2018. p. 48.

²⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: GEN, 2016. p. 284.

tentativa de que as partes transigissem ou se conciliassem, indicando àquela época uma nova forma de lidar com um processo judicial, embora incipiente.²⁵⁹

²⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A%20s%20para%C3%A7%C3%A3o%20judicial,forma%20que%20esta%20Lei%20regula.&text=II%20%2D%20pela%20nulidade%20ou%20anula%C3%A7%C3%A3o,IV%20%2D%20pelo%20div%C3%B3rcio. Acesso em: 24 nov. 2020.

CAPÍTULO 4: O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

4.1 A atual Constituição da República de 1988

A atual Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, e denominada como “Constituição Cidadã” pelo então Deputado Federal Ulisses Guimarães, em histórico discurso afirmando que o país “tinha ódio e nojo à ditadura”, marca o reestabelecimento do regime democrático no Brasil, após a vigência de 21 anos de regime de exceção (1964-1985), exercido por governos militares.²⁶⁰

Marca também a revogação da Constituição da República de 1967, com sua redação dada pela Emenda Constitucional n. 01/69. Assim, a Constituição da República de 1988 evidencia logo em seu preâmbulo que institui um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outros direitos, a igualdade e a justiça em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, “comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

A partir do preâmbulo e em outros vários dispositivos, constatamos que o texto constitucional enumera princípios e contornos a serem observados em relação ao direito à justiça, enunciando a solução pacífica das controvérsias como um compromisso da sociedade brasileira.

Desse modo, ao percorrermos os fundamentos do Estado Democrático do Direito, deparamo-nos no artigo 1º, inciso III, com a dignidade da pessoa humana, que a um só tempo, conduz à concepção de que a justiça não poderá conviver com uma conduta que permita ou acarrete uma condição de indignidade à pessoa, assim como prestigia a solução pacífica das controvérsias como medida respeitadora da dignidade, ao oportunizar aos envolvidos, em situação de igualdade, o diálogo franco, aberto e desarmado, que respeite a individualidade de cada um, em busca de uma solução que seja consensual, adequada e satisfatória a todos.

Por seu turno, ao adentrarmos os objetivos fundamentais da República, em seu artigo 3º, merecem destaque os incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e

²⁶⁰ GUIMARÃES, Ulysses. Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulisses Guimarães. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

solidária”) e IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), por consagrarem que na República do Brasil, o valor de justiça para a sociedade encontra-se intimamente relacionado com liberdade, solidariedade e proibição de todo e qualquer tipo de preconceito ou discriminação, donde também é possível concluir que a solução de controvérsias somente será pacífica se atender a estes objetivos.

Como bem recorda Marcia Cristina de Souza Alvim:

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o Estado Democrático de Direito caracteriza-se por uma convivência social, que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O Estado tem por objetivo a construção de uma sociedade que atenda a justiça social, fundado na Dignidade da Pessoa Humana.²⁶¹

Vale notar que, em reforço ao preâmbulo, a Constituição também estabelece que em suas relações internacionais, um dos princípios a ser observado, é o da solução pacífica dos conflitos estatuído pelo seu artigo 4º, inciso VII.

Além disso, também é possível relacionar a solução pacífica das controvérsias ao princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da apreciação jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV. A nosso juízo, conforme sustentamos neste trabalho, notadamente no Capítulo 6, o princípio do acesso à justiça deve ser compreendido não apenas em sentido estrito de acesso à jurisdição, mas em seu sentido substancial de acesso à ordem jurídica justa, como defende Kazuo Watanabe, e assim, admitindo os métodos consensuais de solução de controvérsias, como a mediação, como uma das formas de se garantir o acesso à justiça.²⁶²

Ao também examinar o sentido e o alcance do princípio do acesso à justiça, como um conceito muito além da mera imposição de decisões adjudicadas por instituições judiciais, afirma Cláudia Elisabete Schwerz que:

ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça a direito (art. 5º XXXV), garante a todos o direito fundamental à tutela efetiva e adequada para a solução de

²⁶¹ ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Eficiência e direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/143/edicao-1/eficiencia-e-direito>. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁶² WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22). p. 44. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

seu conflito, muito além do mero direito potestativo de provocar a jurisdição.²⁶³

Por derradeiro, além do texto constitucional assegurar o acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa, após a Emenda Constitucional n. 45/04 consagrou a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII).

Nesse ponto, também é possível encontrarmos intrínseca relação entre o direito fundamental à razoável duração do processo e os métodos consensuais de solução de controvérsias, dentre os quais, a mediação em especial.

Isto porque, como veremos ao longo deste trabalho, como as partes atuam em conjunto, com o auxílio de um terceiro imparcial (mediador), em busca de uma solução consensual, em regra, a duração da controvérsia tem prazo muito inferior ao de um processo com sentença judicial.

Feito este breve percurso pelos dispositivos, é possível indicarmos os elementos que configuram a concepção de justiça em nosso ordenamento constitucional, da seguinte forma:

- a) o direito à justiça deve ser assegurado pelo Estado Democrático, sob o prisma do princípio democrático;
- b) a justiça como um valor para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos;
- c) o direito à justiça sem qualquer tipo de discriminação, o que implica em uma justiça que seja necessariamente antimachista, antirracista e antifacista;
- d) o direito à justiça que compreenda a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, pela redução das desigualdades sociais e regionais, assim como o respeito à dignidade da pessoa humana;
- e) uma justiça com amplo acesso e que também garanta a ordem jurídica justa;
- f) um direito à justiça que seja realizado em prazo razoável e que estimule e incentive a solução pacífica das controvérsias, em âmbito nacional e internacional.

²⁶³ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O gerenciamento do processo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6010>. Acesso em: 05 fev. 2021.

Portanto, o direito à justiça como contemplado pela Constituição da República, impõe que a sua essência seja observada por todos, como afirma Flávio de Leão Bastos Pereira que “a observância à Constituição da República, atualmente tão violentada em sua essência, é condição imposta aos Poderes Políticos, a toda a esfera administrativa e seus agentes públicos”²⁶⁴.

Neste sentido, adentraremos a análise do marco legal da mediação em nosso país, enfatizando desde já, que a nosso juízo, ao disciplinar o instituto da mediação como método de solução pacífica de controvérsias, o legislador infraconstitucional respeitou a essência da Constituição da República e sua concepção de direito à justiça, que será adiante mais detalhada.

4.2 Projeto de Lei n. 4827, de 1998, de autoria da então Deputada Federal Zulaiê Cobra

Em 1998, a então Deputada Federal Zulaiê Cobra (PSDB/SP) apresentou de forma inovadora o primeiro Projeto de Lei Ordinária com o objetivo de regulamentação da mediação, como prevenção e solução consensual de conflitos. Com redação enxuta e concisa, o projeto de lei contava com 7 artigos e, resumidamente, definia a mediação judicial ou extrajudicial como cabível “em toda matéria que admitisse conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, de acordo com as leis civil ou penal”²⁶⁵. Em relação ao mediador, este poderia ser pessoa física ou jurídica, “com formação técnica ou experiência prática, adequada à natureza do conflito”²⁶⁶. O Projeto de Lei 4.827/1998 previa ainda que a mediação extrajudicial poderia ser homologada judicialmente, passando, assim, a valer como título executivo judicial e, também que a parte poderia solicitar ao juiz a tentativa de mediação, antes mesmo do ajuizamento da ação.

²⁶⁴ PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. O direito administrativo e os direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil: um exemplo de autofagia jurídico-política. *In*: GUNDM, Wagner Wilson Deiró (coord). LORENCINI, Bruno César et. al (org.). **Temas contemporâneos de Direito Constitucional**. Londrina: THOTH Editora, 2020. p. 103.

²⁶⁵ BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Relatório do Deputado Iéidio Rosa sobre o PL 4.827/1998**. Brasília, DF: CCJC, 2000. p. 1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node03ob5kzrjxps016a8o62eqi0zb15296.node0?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 02 fev. 2021.

²⁶⁶ *Ibid.*

O Projeto de Lei 4.827/1998 foi apresentado em 10 de novembro de 1998, tendo sido aprovado com emendas pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 2002 e então remetido ao Senado Federal, onde recebeu a designação interna PLC nº 94/2002 e foi relatado pelo Senador Pedro Simon. O relator na Câmara Alta considerou a redação original do projeto uma iniciativa “tímida” e que não contemplava diversas sugestões de instituições públicas e representantes da sociedade civil que já contribuía nas discussões sobre métodos alternativos de conflitos para desafogar o judiciário. Apresentou-se então um substitutivo, na forma da Emenda n. 01 ao PLC n. 94/2002, cujo texto o substituíria na íntegra, como se analisará a seguir.

4.3 Substitutivo apresentado pelo então Senador Pedro Simon

Ao longo de 4 anos de tramitação perante o Senado Federal, o então Senador Pedro Simon debruçou-se com afinco sobre a matéria e resolveu propor um projeto substitutivo ao original apresentado pela então Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, contendo 47 artigos (contra 7 artigos do projeto original), conceituando a mediação como “paraprocessual” e destinando-a apenas a conflitos cíveis (excluindo a matéria penal do projeto original).

Destrinchou o substitutivo do projeto de lei em seis capítulos: “I - modalidades de mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais²⁶⁷”.

Uma das maiores preocupações do substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon foi a qualificação dos mediadores, incluindo quem poderia

[...] ser mediador judicial (art. 10) e extrajudicial (art. 11) e co-mediador (art. 15), outorgando atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 14) [...].²⁶⁸

²⁶⁷ BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Relatório do Senador Pedro Simon no PLC nº 94/2002**. Brasília, DF: CCJC, 2006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4191171&ts=1594032601997&disposition=inline>. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁶⁸ Ibid.

Sendo certo que mediador judicial deveria ser necessariamente advogado com 3 anos de atividades jurídicas.

Previa também a criação de um Registro de Mediadores obrigatório para viabilizar “efetivo controle da atividade”, fiscalização e dar mais segurança jurídica às mediações porventura realizadas e inclusive disciplinando as hipóteses de punição e banimento de mediadores que incorressem em faltas graves. O artigo 13 do substitutivo ainda equiparava os mediadores judiciais, extrajudiciais e co-mediadores aos funcionários públicos enquanto no exercício de suas funções.

Outro ponto destacado no substitutivo foi a exclusão da mediação especificamente na esfera penal, sob o argumento de ser o Ministério Público que dispunha de “discricionariedade vinculada” em relação à transação penal ou à suspensão condicional do processo “em virtude do princípio da obrigatoriedade da ação penal”.²⁶⁹

Finalmente, foi inserido no substitutivo um capítulo inteiro dedicado ao que se convencionou chamar “mediação incidental”, que consistiria em toda mediação que não fosse prévia, podendo ser judicial ou extrajudicial. O Capítulo V previa a obrigatoriedade da mediação incidental como regra nos processos de conhecimento, enumerando como exceções:

I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versas sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Em 11 de julho de 2006, foi aprovado pelo Senado Federal, na forma da Emenda nº 1 - CCJ (projeto substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon), das Emendas nº 1 a 3 do Senador Juvêncio da Fonseca e da Emenda nº 4 do Senador Aloizio Mercadante (todas consolidadas na Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o PL n. 94/2002 de autoria da então Deputada Federal Zulaiê Cobra.

O projeto substitutivo de autoria do então Senador Pedro Simon foi remetido à deliberação da Câmara dos Deputados, que, somente sete anos de tramitação, em 19 de junho de 2013, através de sua Comissão de Constituição e Justiça, aprovou

²⁶⁹ Ibid.

parecer favorável ao projeto substitutivo, porém com exclusão de ao menos 9 dispositivos legais, por serem considerados inconstitucionais e injurídicos. Embora não conste informação formal de seu arquivamento, a nosso juízo referido projeto de lei encontra-se prejudicado após a sanção da Lei de Mediação – Lei. 13.140/15.

4.4 II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo

Em 13 de abril de 2009, os três Poderes da República firmaram um documento intitulado II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, contendo as assinaturas de Luiz Inácio Lula da Silva, então Presidente da República, Senador José Sarney, então Presidente do Senado Federal, Deputado Michel Temer, então Presidente da Câmara dos Deputados e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A ideia sobre um novo pacto republicano em prol do sistema de justiça tinha como precedente o 1º pacto firmado logo após a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/04, denominada Reforma do Judiciário, com a finalidade de uma concertação dos 3 Poderes para aprovação de projetos de lei e outras medidas em favor de um judiciário mais rápido e republicano.

Na cerimônia pública de celebração do II Pacto Republicano²⁷⁰, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que:

Judiciário assume o compromisso com a melhoria constante de suas estruturas, como protagonista de suas próprias mudanças, sem furtrar-se às discussões sobre qualquer tema relacionado ao bom funcionamento das instituições de todo o Sistema de Justiça.

Por sua vez, José Sarney enfatizou a harmonia entre os Poderes, ao dizer que “as tensões eventualmente existentes, naturais no processo democrático, devem ser resolvidas com base no diálogo e cooperação.”

Ao realçar a relevância do Pacto, Luiz Inácio Lula da Silva ponderou que:

[...] nós já alcançamos resultados extraordinários (com o primeiro Pacto), O problema é que às vezes nós ficamos angustiados porque nós temos um acúmulo de coisas equivocadas durante décadas e décadas e a gente acha que é possível consertar em meia década, e não é possível consertar.

²⁷⁰ SELIGMAN, Felipe; RAMOS, André Luis César (org.). **10 anos de transformação: os bastidores, os desafios e o futuro da Reforma do Judiciário**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

De fato, a partir da experiência exitosa do pacto anterior, o 2º Pacto Republicano ao se destinar a um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, dedicou especial relevo aos métodos consensuais de solução de conflitos, ao estabelecer como um dos seus objetivos “o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos” e como um de seus compromissos “o de fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”.

Assim, mais um importante passo foi dado naquele momento histórico para que em nosso país fossem incentivados os métodos consensuais e autocompositivos para solução de disputas, que 6 anos mais tarde viria a ensejar o marco legal da mediação.

4.5 A Resolução CNJ 125/2010

Conforme mencionado anteriormente, desde o Substitutivo apresentado pelo então Senador Pedro Simon, já havia um debate sobre medidas capazes de “desafogar” o judiciário, muitas delas prevendo meios alternativos de soluções de conflitos. Naquela época, Pedro Simon destacou o diálogo entre instituições públicas e organizações da sociedade civil com destaque para o Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil e do Centro de Administração de Conflitos.

Após a celebração do II Pacto Republicano, em que os três Poderes se comprometeram em incentivar e estimular os métodos consensuais de solução de disputas, sobreveio sob a presidência do então Ministro Cezar Peluso, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários:

[...] além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão²⁷¹.

²⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito

Com previsão de centralização das estruturas judiciárias, a Resolução CNJ nº 125/2010 deu aos Tribunais o prazo de 30 dias para criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECS), que deveriam ser compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, aos quais incumbiam, dentre outras atribuições: o desenvolvimento da política judiciária de tratamento adequado aos conflitos de interesses conforme estabelecido na Resolução; atuar na interlocução com outros Tribunais e órgãos integrantes da rede; instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania(CEJUSCS); promover a capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores; criar cadastro permanente de conciliadores e mediadores; regulamentar, se for o caso, remuneração de conciliadores e mediadores; firmar convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender os fins da Resolução quando necessário.²⁷²

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania , que seriam criados pelos Tribunais, atenderiam aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas: cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, devendo todas as sessões de conciliação e mediação pré-processuais serem realizados no âmbito interno destes e apenas excepcionalmente realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas quando já em momento processual, sendo obrigatória a realização por conciliadores e mediadores cadastrados junto aos Tribunais e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro.²⁷³

A Resolução CNJ nº 125/2010 também frisou a importância da capacitação de conciliadores e mediadores, que deveriam ser capacitados na forma do Anexo I (programa pedagógico do curso de capacitação de conciliadores e mediadores) da Resolução e estabelecidos em 3 setores distintos: Setor de Solução de Conflitos Pré-Processual (casos que versem sobre direitos disponíveis em matéria cível, de família e previdenciária e da competência dos Juizados Especiais), Setor de Solução de

do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁷³ Ibid.

Conflitos Processual (processos já distribuídos e despachados pelos magistrados, que indicarão o método de solução de conflitos a ser seguido) e Setor de Cidadania (prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, dentre outros)²⁷⁴. O curso de capacitação deveria ser realizado pelos Tribunais, podendo fazê-lo através de parcerias.²⁷⁵

A Resolução CNJ nº 125/2010 também criou o Portal da Conciliação, a ser hospedado no sítio do CNJ, devendo publicar: diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e seu código de ética; relatório gerencial do programa por tribunal; compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; divulgação de notícias relacionadas ao tema; relatório de atividades da “Semana de Conciliação”.

O “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais” também foi instituído pela Resolução CNJ nº 125/2010, prevendo a regência dos princípios de confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes como os norteadores da atuação de conciliadores e mediadores judiciais²⁷⁶.

Ainda dentro do Código de Ética, estabeleceu-se as regras básicas do procedimento de conciliação e mediação a serem observados pelos conciliadores e mediadores: informação, autonomia da vontade, ausência de obrigação de resultado, desvinculação da profissão de origem e teste de realidade.²⁷⁷

Na parte sobre responsabilidades e sanções aos conciliadores e mediadores, o Código de Ética estabeleceu a aplicação dos mesmos motivos de suspeição e impedimento de juízes (art. 5º), a vedação à prestação de serviços profissionais de qualquer natureza por 2 anos pelo conciliador/mediador aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução (art. 7º), a previsão de exclusão do conciliador/mediador do cadastro e impedimento de atuar na função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário em caso de descumprimento de princípios e regras, além de eventual condenação criminal (art. 8º).

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Anexo III Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais**. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁷⁷ Ibid.

Indiscutível o avanço que a Resolução CNJ nº 125/2010 trouxe à mediação no Brasil, especialmente com a instituição da polícia judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, previsão de criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, este último com louvável iniciativa de integração de outros setores da sociedade para viabilizar acesso à justiça e educação cidadã.

De forma correta e adequada, a Resolução nº 125/2010 respeitou os limites de atuação do Conselho Nacional de Justiça e cuidou apenas da conciliação e mediação no âmbito do Poder Judiciário, sendo um passo inicial e decisivo para a instituição da mediação no Brasil.

Como não poderia deixar de ser, novos avanços sempre são acompanhados de novos desafios. A partir da Resolução n.125/2010 surgiu um novo desafio: não seria o momento de avançar ainda mais e conferir tratamento legislativo ao instituto da mediação?

A resposta foi dada 5 anos após, com a aprovação da Lei n. 13.140/15 e também do novo Código de Processo Civil, como a seguir será examinado.

4.6 O Código de Processo Civil de 2015

O projeto de lei n.166/10 que deu origem ao novo Código de Processo Civil (Lei. 13.105/15), tramitou por longo período perante o Congresso Nacional, até ser aprovado e sancionado pela então Presidenta Dilma Rousseff.

Cumprir registrar que, em determinado período, chegaram a tramitar ao mesmo tempo os projetos de lei que dariam ensejo ao novo Código de Processo Civil e à Lei de Mediação, e os parlamentares envolvidos buscaram dar o tratamento adequado para que não houvesse contradições entre os dispositivos legais.

Em um primeiro momento, chegou-se até a questionar se haveria necessidade de uma lei específica sobre o tema da mediação, uma vez que o novo Código de Processo Civil disciplinaria o instituto. Tal questionamento foi superado, ao se compreender a amplitude dada à mediação em lei própria, não se restringindo apenas à figura da mediação judicial, como buscava reger o diploma processual civil.²⁷⁸

²⁷⁸ Ao exercer a função pública de Secretário da Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça, participei ativamente dos debates legislativos com os parlamentares e pude testemunhar a tomada

De fato, o novo Código de Processo Civil, sancionado pouco mais de três meses antes da Lei de Mediação, tratou dos meios consensuais de solução de disputas e do instituto da mediação em vários dispositivos.

Logo de cara, entre as normas fundamentais do processo civil, ao reafirmar o princípio constitucional do acesso à justiça e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º parágrafos 2º e 3º prevê a solução consensual dos conflitos pelo Estado, sempre que possível, assim como que a mediação e os outros métodos consensuais devam ser estimulados pelos operadores do direito, inclusive no curso do processo judicial.

Em síntese, para o novo Código de Processo Civil o princípio do acesso à justiça, além de não excluir apreciação a ameaça ou lesão a direitos, também se expressa como dever do Estado em sentido amplo e do Estado-justiça em sentido estrito, o de promover a solução consensual dos conflitos, sempre que possível.

Sem sombra de dúvidas, a partir daí muda-se por completo o conceito de acesso à justiça que subsistia na redação do anterior Código de Processo Civil, que, por sua vez, remontava à Constituição de 1967.

O uso de métodos consensuais ou pacíficos de solução de controvérsias consagrado pela Constituição de 1988 finalmente passa a integrar o diploma processual civil nacional como o merecido “status normativo” de norma fundamental e regra geral.

O novo Código de Processo Civil evoluiu ainda mais no tema da mediação ao dispor em vários artigos e dispositivos legais: mediador como auxiliar da justiça (art.149), princípios da mediação (art.166), cadastro e capacitação de mediadores (art.167), escolha e remuneração de mediador (arts.168 e 169), impedimentos, suspeições e exclusão do cadastro (arts.170 a 173).

Além disso, o diploma processual civil conferiu especial ênfase à possibilidade de realização de audiência de tentativa de mediação como etapa inicial do processo, desde que as partes não manifestem desinteresse, punindo com multa de até 2% do valor causa e configuração como ato atentatório à dignidade da justiça à conduta de não comparecimento à audiência (art. 334).

Em síntese, ao se adequar à Constituição da República de 1988, o novo Código de Processo Civil reconheceu e deu concretude aos métodos consensuais de solução

de decisão pela manutenção da tramitação do projeto de lei sobre mediação e sua adequação ao então projeto de novo código de processo civil.

de disputas, como regra, e conferiu tratamento à mediação na esfera judicial, que viria a ser melhor detalhada e ampliada pela posterior Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15), como analisaremos em tópico posterior.

4.7 Processo legislativo de aprovação da Lei nº 13.140/2015

Como afirmamos em tópico anterior, com a edição da Resolução CNJ nº 125/2010, percebeu-se que o tema da mediação merecia ser disciplinado por uma lei em sentido estrito, que contemplasse também a mediação extrajudicial e obrigasse a todos, não apenas ao Poder Judiciário.

Assim, para além da inclusão da mediação no âmbito do projeto de lei que discutia o novo Código de Processo Civil, entre 2011 e 2013 foram apresentados três projetos de lei específicos sobre mediação perante o Senado Federal, reunidos posteriormente, a saber: PLS 517/11 do Senador Ricardo Ferraço, PLS 405/13 do Senador Renan Calheiros e PLS 434/13 do Senador José Pimentel.

O primeiro projeto de lei foi apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço (PDMB/ES), em 25 de agosto de 2011, sob número 517/2011, com 26 artigos divididos em 4 capítulos, com objetivo de regulamentar a mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Na justificativa do projeto de lei, o Senador Ricardo Ferraço frisou a diferença entre conciliação e mediação, salientando que esta última é uma técnica de resolução de conflitos que “não se limita à conciliação dos envolvidos, mas busca resolver as questões emocionais mais profundas que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema, seja no setor público, seja no setor privado”²⁷⁹, uma mudança de modelo “perde-ganha para o modelo ganha-ganha”, viabilizando uma maior satisfação entre as partes envolvidas além de proporcionar uma frenagem da cultura de litigiosidade sem ameaçar direito do acesso à justiça. Menciona tanto a política judiciária nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses instituída pela Resolução CNJ nº 125/2010, como o II Pacto Republicano, de 2009, que também previa a mediação e

²⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 517/2011**. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947679&ts=1594025424476&disposition=inline>. Acesso em: 05 fev. 2021.

conciliação como métodos de solução consensual de conflitos voltados a menor judicialização e maior pacificação social.

Ao longo dos dispositivos legais propostos, delineou os princípios básicos da mediação (I – imparcialidade do mediador; II – autodeterminação das partes no que tange o conteúdo do acordo ou não acordo; III – voluntariedade em participar da mediação; IV – igualdade das partes e de seu poder decisório; V – confidencialidade na forma desta lei; VI – comunicação direta entre as partes na busca de soluções, sempre que possível; VII – eticidade; VIII – potencialização do acesso à Justiça)²⁸⁰, definiu quem seria o mediador e eventuais impedimentos e suspeições e as hipóteses em que a confidencialidade seria dispensável ou cessada (por voluntariedade, participação do Ministério Público ou ao ser tomada ciência acerca de um crime ou iminência de um crime).

Além disso, o referido projeto também tratou das especificidades do trâmite da mediação judicial e extrajudicial, com maior detalhamento das cláusulas compromissórias sobre mediação nos contratos e determinou parâmetros para o termo de acordo ou termo de mediação sem acordo e homologação destes. Para o projeto, a mediação poderia ter por objeto qualquer matéria em que fosse possível a negociação. Por derradeiro, deixou o projeto de disciplinar a qualificação e capacitação de mediadores e respectivo cadastro, nem tampouco versou sobre a atuação da Administração Pública em processos de mediação.

Não houve qualquer movimentação em relação ao PLS nº 517/2011 até outubro de 2013, quando o então Senador Vital do Rêgo, na condição de Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, decidiu por sua tramitação conjunta com outras duas iniciativas legislativas: o PLS nº 405/2013 proposto pelo Senador Renan Calheiros (PMDB/AL) e o PLS nº 434/2013 de autoria do Senador José Pimentel (PT/CE).

Ambos os projetos de lei apresentados em 2013 foram fruto de trabalhos elaborados por comissões, sendo a primeira uma comissão de juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal e a segunda uma comissão de especialistas designada pelo Ministro da Justiça.

Em ordem cronológica, o PLS 405/13 de autoria do Senador Renan Calheiros teve origem a partir do Requerimento n.702, de 30 de agosto de 2012, apresentado

²⁸⁰ Ibid.

pelo mesmo Senador para que o Senado da República designasse uma comissão de juristas destinada a elaborar anteprojeto de lei de arbitragem e mediação, no prazo de 180 dias.

Embora criada em 2012, a partir do Ato n. 36 da Presidência do Senado Federal, referida Comissão de Juristas foi instalada e iniciou seus trabalhos apenas em 03 de abril de 2013 e concluiu em 01 de outubro do mesmo ano, dentro do prazo previsto de 180 dias. Foi presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, e contou com 21 integrantes do mundo do direito, entre advogados, árbitros e acadêmicos.

Em sua primeira reunião, decidiu a Comissão, de maneira correta, que trabalharia em dois projetos de lei separados, um destinado a aprimorar a existente lei de arbitragem e outro dedicado apenas à mediação.

A fim de se evitar a sobreposição de iniciativas, foi estabelecido um acordo temático entre a Comissão de Juristas do Senado Federal e a Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça, que funcionavam ao mesmo tempo: o anteprojeto de lei da Comissão do Juristas do Senado Federal versaria apenas sobre mediação extrajudicial e se utilizaria como texto-base aquele que fosse oriundo da Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça, cuja finalidade era tratar do instituto da mediação de modo amplo e disciplinar o seu uso nas esferas judicial, extrajudicial e pela administração pública.²⁸¹

Portanto, o anteprojeto de lei elaborado pela Comissão de Juristas tornou-se o PLS 405/13 de autoria do então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, destinando-se exclusivamente a regular a mediação extrajudicial, ao longo de 28 artigos concentrados em 6 capítulos.

Em perfeita harmonia com o anteprojeto da Comissão de Especialistas do Ministério de Justiça, chegando até mesmo a reproduzir, de forma literal, a redação de alguns dos seus dispositivos – o que atesta a plena sintonia de desígnios entre as Comissões – o PLS 405/13 trouxe em sua estrutura importantes inovações legislativas, como o conceito de mediação e a definição de seu objeto, como tudo aquilo que admita autocomposição, os seus princípios fundamentais, o procedimento da mediação, desde o seu início até o termo final, que em hipótese de celebrado

²⁸¹ Na condição de Secretário da Reforma do Judiciário, coordenei os trabalhos da Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça e em conjunto com o Ministro Luis Felipe Salomão, organizamos a agenda colaborativa entre as duas Comissões.

acordo teria eficácia de título executivo extrajudicial. Em consonância com o anteprojeto da Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça, estabeleceu a possibilidade de mediação na administração pública e também a previsão de mediação online.

Por derradeiro, como normas programáticas, consignou que o Ministério da Educação incentivaria o estudo da mediação nos currículos das faculdades e que tanto Conselho Nacional de Justiça como Conselho Nacional do Ministério Público envidariam esforços para incluir a temática da mediação como conteúdo dos editais para concursos públicos de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público.

Ao mesmo tempo, eram desenvolvidos os trabalhos pela Comissão de Especialistas designada pelo Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, através da Portaria n. 2148, de 29 de maio de 2013. A Comissão foi composta por especialistas no tema da mediação, não se destinando apenas a juristas, tendo sido coordenada por este subscritor e composta por 17 integrantes, dentre eles os Ministros Fátima Nancy Andrichi e Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, do Superior Tribunal de Justiça, José Roberto Neves Amorim, então Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, Tânia Almeida, psiquiatra e mediadora do Instituto Mediare, Teresa Arruda Alvim Wambier, Professora de Direito Processual Civil da PUC/SP, dentre outros.²⁸²

Em 1º de outubro de 2013, a Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça entregou ao então Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, o anteprojeto de lei de mediação como fruto dos seus trabalhos. Como já mencionado, no dia seguinte, 02 de outubro de 2013, o Senador Renan Calheiros recebeu também o anteprojeto de lei elaborado pela Comissão de Juristas, por ele designada. Embora não houvesse nenhum conflito entre referidos anteprojeto, que aliás, tinham abrangência distinta e complementar, o que recomendaria sua tramitação conjunta, o Senador Renan Calheiros decidiu por submeter à apreciação do Senado Federal apenas o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, que recebeu a denominação PLS 405/13.

²⁸² Outros integrantes da Comissão de Especialistas designada pelo Ministro da Justiça: Aldemar Motta Jr (CFOAB), Amélia Rocha (Defensoria Pública), André Gomma de Azevedo (CNJ), Carlos Araújo (Instituto Innovare), Carlos Eduardo de Vasconcelos (CONIMA), Cláudia Maria Chagas (CNMP), Emanuel Campelo (CNJ), Eugênia Zarenczanski (OAB), Francisco Maia Neto (CFOAB), Helena Dias Leão Costa (AGU), Humberto Dalla (MPRJ) Igor Lima Goettenauer de Oliveira (MJ), Kelly Oliveira de Araújo (MJ), Lalisa Froeder Dittrich (MJ), Mariana Moraes Gomes (CNJ) e Vanderlei Teresinha T. Kubiak (TJRS).

Desse modo, para que o anteprojeto elaborado pela Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça também tramitasse perante o Senado Federal, era necessário que algum Senador o apresentasse. Integrante da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Senador José Pimentel muito atuante em assuntos relacionados à justiça, entusiasmou-se pela relevância do anteprojeto e o submeteu ao Senado Federal, recebendo a denominação PLS 434/13.

O referido projeto veiculado pelo PLS 434/13 teve por finalidade regulamentar a mediação em todos os seus aspectos, através de 40 artigos, dispostos em 4 capítulos. Versou sobre mediação judicial, extrajudicial e pela administração pública.

Além disso, preocupou-se em conceituar mediação, definir seus princípios e delimitar seu objeto, aplicando a mediação em conflitos que envolvessem direitos disponíveis e indisponíveis que admitissem transação.

O PLS 434/13 dedicou enorme atenção à função do mediador, seus impedimentos e suspeições, além de diferenciar os requisitos exigidos ao mediador judicial e ao mediador extrajudicial. Outro aspecto de enorme relevância foi regulamentar a forma de capacitação, a sua fiscalização pelos tribunais e a institucionalização de cadastro de mediadores, com o objetivo de assegurar a qualificação necessária.

Imbuído da finalidade de ampla regulamentação do instituto, o PLS 434/13 detalhou todos os aspectos procedimentais da mediação extrajudicial, desde o convite inicial até o termo de encerramento, assim como em relação à mediação judicial, ao estabelecer a audiência de tentativa de mediação como indispensável nas ações judiciais cujo conflito fosse passível de ser mediado.

Ao final, o PLS 434/13 especificou as hipóteses de mediação pela administração pública, além de prever a possibilidade de mediação pela internet e realçar sua aplicabilidade às mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas e pelas serventias extrajudiciais, estabelecendo ainda que caberia ao Ministério da Justiça a manutenção de banco de dados de boas práticas em mediação para a formulação e o aprimoramento de políticas públicas.

Portanto, passaram a tramitar ao mesmo tempo perante o Senado Federal os três projetos de lei sobre mediação, cabendo ao então relator, Senador Vital do Rêgo (PMDB/PB) obter a deliberação do colegiado da Comissão de Constituição e Justiça para a tramitação conjunta.

Em tempo recorde, o Senador Vital do Rêgo apresentou um substitutivo que englobasse os três projetos de lei. Por determinação regimental, a tramitação deu-se pelo PLS 517/11 (por antiguidade), apensando-se os PLS 405 e 434/13. Em seu substitutivo, o Senador Vital do Rêgo decidiu em tomar como base o texto do PLS 434/13, por ser o de maior abrangência, adotando também os dispositivos trazidos pelos PLS 517/11 e 405/13, naquilo que fossem considerados complementares e não contraditórios.

Obtido o consenso entre os demais Senadores, o substitutivo ao PLS 517/11 apresentado pelo então Senador Vital do Rêgo, com 38 artigos divididos em 5 capítulos, foi aprovado em 18 de dezembro de 2013 pela Comissão de Constituição e Justiça e em 12 de fevereiro de 2014 pelo plenário do Senado Federal, sendo remetido à apreciação da Câmara dos Deputados.

Recebido em 19 de fevereiro de 2014, o projeto de lei recebeu a denominação PL 7169/14 perante a Câmara dos Deputados, tendo sido distribuído à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, sob a relatoria do então Deputado Federal Alex Canziani (PTB/PR). Pequenas alterações foram realizadas no texto do projeto de lei, aprovado pela mesma Comissão em 14 de maio de 2014 e remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o PL 7169/14 foi distribuído ao relator então Deputado Federal, Sérgio Zveiter (PMDB/RJ), que elaborou várias alterações em relação ao projeto, em especial ao acrescentar dispositivos atinentes à mediação extrajudicial e sobretudo ao descrever, de forma bastante detalhada, a autocomposição pela administração pública, tratando do tema tanto em caráter nacional, como em caráter federal.

Desse modo, o Deputado Sérgio Zveiter submeteu um substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 7169/14 oriundo do Senado Federal, com 48 artigos divididos em 3 capítulos, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 07 de abril e com redação final em 12 de maio, também de 2015.

Remetido ao Senado Federal, o projeto de lei foi distribuído ao relator então Senador José Pimentel, sob a denominação SCD 9/2015 e foi aprovado na íntegra pelo plenário do Senado Federal em 02 de junho e remetido à Presidência da República em 09 de junho de 2015.

Como etapa final do processo legislativo, a Presidenta da República Dilma Rousseff sancionou sem vetos, em 26 de junho, o projeto de lei aprovado, então

publicado em 29 de junho de 2015 e passou a ser a Lei n. 13.140/2015 – a Lei da Mediação - cujos principais dispositivos serão estudados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5: ELEMENTOS CONFORMADORES DA LEI Nº 13.140/2015

5.1 Ideário da Lei

Conforme visto no Capítulo anterior, o Marco Legal da Mediação foi resultado de um longo processo e impulsionado pela necessidade de “desafogar” o Poder Judiciário, mas não somente por isso. Especialmente desde o 2º Pacto Republicano e da Resolução CNJ nº 125/2010, surge não apenas a necessidade de incentivar uma cultura de fomento ao consenso para evitar uma hiperjudicialização²⁸³, mas a urgência de dar segurança jurídica a instrumentos infralegais (Resoluções do CNJ, Tribunais de Justiça e afins) que já previam e estimulavam soluções consensuais de conflitos internamente (Semana de Conciliação, por exemplo).

Especialmente pela necessidade de garantir segurança jurídica aos acordos realizados e iniciar o fomento de uma nova cultura jurídica com maior foco em prevenção e resolução consensual de conflitos, era primordial que a Lei da Mediação fosse além da mediação judicial e regulamentasse a mediação extrajudicial, especificando, também, por via oblíqua, as diferenças do processo de mediação de outros métodos não-judiciais como a arbitragem.

Baseado em pesquisas do próprio Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça, de instituições públicas e sociedade civil, ao traçar os perfis de maiores litigantes²⁸⁴, verificou-se que era imprescindível incluir a Administração Pública dentre as partes que poderiam buscar a mediação, o que, por sua vez, estaria perfeitamente alinhado aos princípios de celeridade processual (art. 5º, LVXXVIII, CF-88) e aos princípios aplicáveis à administração pública, em especial os da legalidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput, CF-88). O baixo grau de governança e diálogo entre Poder Público e cidadãos seria consideravelmente amenizado com

²⁸³ De acordo com a pesquisa Justiça em Números, publicada anualmente pelo CNJ, tramitam por ano mais de 110 milhões de ações judiciais pelo aparato judicial brasileiro. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

²⁸⁴ Em pesquisa realizada pelo CNJ, em 2010, sobre os “100 maiores litigantes”, despontava o Poder Público como o principal (51%), acompanhado pelas instituições financeiras e bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2010**. Brasília, DF: CNJ, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

abertura de canais que promovessem uma cultura de consenso ao invés da judicialização como primeira e única alternativa.

Finalmente, mas não menos importante, a Lei de Mediação também precisava estabelecer, além do conceito, objeto e princípios, quem poderia ser mediador judicial e extrajudicial, certificações e registros, a fim de assegurar a qualidade das mediações, bem como a atuação de advogados e representantes de outras funções essenciais à justiça.

5.2 Conceito legal de mediação

A Lei da Mediação traz o conceito de mediação em seu artigo 1º, parágrafo único como: “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Logo de início, já existe uma demarcação da corrente adotada acerca do procedimento: não se trata de uma corrente propositiva, como acontece na conciliação e rotineiramente se via na justiça trabalhista, onde o fomento à conciliação sempre foi historicamente mais forte. Isto porque embora mediação e conciliação tenham semelhanças, são institutos diferentes e com âmbito de aplicabilidade igualmente distinto.

Dentre os métodos de autocomposição de conflitos, a mediação busca recuperar o diálogo entre as partes, atuando o mediador de modo mais profundo sobre as dinâmicas interpessoais por levar em conta as emoções e entraves comunicacionais, viabilizando assim que as próprias partes cheguem a um consenso entre si, sem atuar de forma a sugerir comportamentos (como costuma acontecer na conciliação). Aqui é válido frisar que se inclui uma das vantagens da mediação especialmente em relações continuadas, que exigem que as partes permaneçam em contato após a resolução do conflito principal²⁸⁵.

²⁸⁵ Em entrevista publicada na obra “Mediação: uma experiência brasileira” de Adolfo Braga Neto, enfatizei que “a mediação tem algumas vantagens evidentes: 1. O diálogo – colocar as partes para conversar; 2. A formação de consenso entre as partes, propiciando uma decisão não impositiva; 3. O prazo muito menor, de 3 a 6 meses; 4. O custo: é muito mais barato.” CAETANO, Flávio Croce. Entrevista. In: NETO, Adolfo Braga (org.). **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017. p. 60.

Importante destacar no conceito legal que mediação é um procedimento, não um resultado. Em síntese, através de técnicas específicas²⁸⁶, caberá ao mediador, como terceiro imparcial, isento, independente e neutro, aproximar as partes com o uso de técnicas de comunicação e diálogo e incentivá-las, com a utilização de técnicas de negociação, para a busca e eventual construção de um consenso. Nem sempre o consenso é obtido, o que não significa dizer que o procedimento de mediação foi infrutífero. Em muitas oportunidades, a retomada do diálogo e da comunicação entre as partes é fundamental para que a relação interpessoal, empresarial ou comunitária seja ressignificada, criando um campo fértil para a futura solução do conflito.

A Lei da Mediação, além do foco principal sobre a mediação, também contempla outras formas de autocomposição de conflitos, especialmente no que tange à participação da Administração Pública, como deixa claro o caput de seu artigo 1º ao dispor: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Válido relembrar, neste ponto, apenas de forma muito panorâmica e superficial, as diferenças entre autocomposição e heterocomposição, ambos enquadrados como métodos alternativos de solução de conflitos.

O principal método de heterocomposição é a arbitragem. Necessário frisar, desde já, que a arbitragem é um procedimento em que um terceiro independente (árbitro ou tribunal arbitral), aceito pelas partes como tal, efetivamente decide sobre a questão, atuando como um juiz (árbitro ou tribunal arbitral), com competência delimitada previamente, inclusive sujeita ao reconhecimento (ou não) desta pelo Poder Judiciário e com instrumento legal de regulamentação própria (Lei de Arbitragem, Lei Federal nº 9.307/96).

De outro lado, os principais e mais comuns métodos de autocomposição são: negociação, conciliação, mediação, dispute boards (DB) e design de sistema de disputas (DSD).

A negociação é “o mecanismo de solução de conflitos, que visa a autocomposição, caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos, sem haver a

²⁸⁶ As técnicas de mediação são muito bem tratadas por Tania Almeida em sua imprescindível obra “Caixa de Ferramentas em Mediação – Aportes práticos e teóricos”. ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. 3. ed. São Paulo: Dasheditora, 2017. 352 p.

intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador”²⁸⁷, buscando a resolução de modo amigável. É facilmente identificável no cotidiano, quando os próprios envolvidos buscam solucionar seus desentendimentos, de ordem pessoal, profissional, empresarial e até diplomática.

Comumente confundidas são a conciliação e a mediação, muito por ambas envolverem um terceiro facilitador. Porém, na conciliação, o conciliador investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e detém a prerrogativa de sugerir uma solução, tendo uma postura bastante propositiva.

Os dispute boards (DB) são, segundo o conceito de Arnaldo Wald²⁸⁸:

[...] painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards - DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards - DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes [...],

É um método de autocomposição que tem conquistado espaço em parcerias público-privadas e contratos de serviços de engenharia com a administração pública.

Já o desenho de sistemas de solução de disputas, ou dispute system design (DSD),²⁸⁹ “compreende a arquitetura de sistemas de resolução de disputas, que envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado e complexo, ou uma série destes”. O DSD abrange não somente elementos objetivos, decorrentes da matéria conflituosa, como também elementos subjetivos, ou seja, características e interesses das partes envolvidas, sendo muito utilizado para casos complexos, que envolvem tantos direitos individuais, quanto difusos (desastres de aviação e crimes ambientais, por exemplo).

Essas diferenciações são necessárias não somente por preciosismo terminológico, mas para devida aplicação da Lei da Mediação nas situações em que lhe cabe, bem como para a devida diferenciação do trabalho entre conciliadores e mediadores, ambos de fundamental importância, mas que trazem na sua conceituação diferenças sensíveis.

²⁸⁷ TONIN, Mauricio Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 81.

²⁸⁸ WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, jul./set., 2005. p. 18.

²⁸⁹ TONIN, op. cit., p. 91.

Todos esses conceitos integram o que Ada Pellegrini Grinover²⁹⁰ chamou de “Microsistema Brasileiro de Métodos Consensuais de Solução Judicial de Conflitos”, formados pela Resolução CNJ nº 125/2010, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15) e, apesar de citar apenas 3 instrumentos normativos nominalmente, abarcam os métodos de autocomposição de soluções de conflitos com o objetivo comum de mudança de cultura jurídica visando ao privilégio do consenso em detrimento da excessiva judicialização.

5.3 Objeto da mediação

No artigo 3º, a Lei nº 13.140/15 delimita o objeto da mediação, ou seja, sobre quais temas é possível suscitar o procedimento da mediação enquanto método consensual de resolução do conflito:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Nota-se que o legislador optou por uma configuração abrangente sobre o objeto da mediação, mas não por isso menos clara, pois especifica serem passíveis de mediação todos os direitos disponíveis, e também os indisponíveis que admitam transação, sendo que nesta última hipótese será necessária a manifestação do Ministério Público e homologação judicial²⁹¹.

Em relação aos direitos disponíveis, em que os titulares têm ampla liberdade de usar e dispor à sua vontade, inexistem quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de transação.

Por outro lado, sendo os direitos indisponíveis dotados de irrenunciabilidade, em regra não podem ser objeto de transação, o que não significa necessariamente concluir que elementos destas relações jurídicas não possam ser transacionados.

²⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁹¹ Como participante dos debates legislativos, pude testemunhar este tema como sendo dos mais polêmicos e controvertidos, tendo variado ao longo da tramitação uma versão bem ampla, admitindo a mediação em toda matéria que admitisse autocomposição e outras mais restritas, que excluíam recuperação judicial, falência e contratos com a administração pública, por exemplo.

Ada Pelegrini Grinover, com a assertividade de sempre, adverte:

Ora, é de conhecimento geral que os conflitos de família são os que mais se adequam e mais frequentemente são submetidos à solução conciliatória [...] mesmo em relação a certos direitos indisponíveis, existe disponibilidade a respeito da modalidade, forma, prazos e valores no cumprimento de obrigações, passíveis de uma construção conjunta e, que são assim, perfeitamente transacionáveis (como, v.g, guarda de filhos) e em que pode haver reconhecimento da pretensão (por exemplo, investigação de paternidade).²⁹²

Assim como se constata a possibilidade de transação envolvendo direitos indisponíveis no âmbito das relações privadas, o mesmo se observa em relação ao

[...] poder público, em grande parte das situações, é possível a composição em relação ao objeto, seja pela sua identidade, seja pela sua quantidade, garantia e, até mesmo, em aspectos relacionados ao vínculo jurídico. É justamente por isso que se afirma ser possível a composição em relação ao valor, à forma de satisfação, ao vencimento e ao modo de cumprimento. Basta, para tanto, que haja autorização normativa.²⁹³

Ultrapassada a questão sobre a definição de direitos indisponíveis, mas com aspectos transacionáveis, especialmente sob ótica de direitos individuais e da administração pública, resta analisar sob a ótica dos direitos transindividuais.

Examinemos o termo de ajustamento de conduta (TAC), previsto na Lei de Ação Civil Pública. Por este instrumento, os legitimados podem firmar "compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial", conforme o art. 5o, §6o da Lei 7.347/85, ou seja, mesmo em se tratando de direitos transindividuais indisponíveis, poderia se admitir o ajustamento como forma de transação, pois

[...] segundo preponderante orientação doutrinária e jurisprudencial, o objetivo do compromisso de ajustamento de condutas seria restrito à regulação de comportamentos e ou previsões sancionatórias para a parte à qual se imputa a prática ilegal e ou lesiva, "conciliando-se" apenas aspectos relacionados a prazos e formas de cumprimento de obrigações ou de deveres inerentes à preservação integral dos direitos transindividuais, mas que em hipótese alguma afetassem sua essência indisponível.²⁹⁴

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out., 2014. p. 13-14.

²⁹³ FILHO, Venceslau Tavares Costa; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMINGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. Uma reflexão sobre a autocomposição e indisponibilidade dos direitos do Estado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jan. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/reflexao-autocomposicao-direitos-estado>. Acesso em: 02 fev. de 2021.

²⁹⁴ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. Título original: Negotiating unavailable rights?. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF. Acesso em: 02 fev. 2021.

Em arremate, podemos concluir que o legislador ordinário conferiu amplo espectro de uso da mediação, não se restringindo apenas à obviedade de sua possibilidade para direitos disponíveis, mas avançando aos direitos indisponíveis, desde que admitam a transação, sendo inegável o avanço legislativo em busca de uma cultura de consenso.

5.4 Quem pode mediar

Uma das grandes questões polêmicas no âmbito do processo legislativo versava sobre quem poderia ser mediador, se haveria distinção entre judicial e extrajudicial, se deveria existir um cadastro ou registro de mediadores.

Neste ponto, a lei de mediação foi absolutamente exemplar e cristalina: definiu, de modo objetivo, os requisitos para ser mediador judicial e extrajudicial, assim como sua capacitação, registro e remuneração.

De início, em seu artigo 9º, disciplina que mediador extrajudicial: seja pessoa capaz, tenha confiança das partes e capacitada para mediar. Não exige filiação ou inscrição em qualquer conselho ou entidade.

Em relação ao mediador judicial, os requisitos são mais detalhados e restritos (art. 11): pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de graduação e que tenha obtido capacitação em mediação, sendo que esta capacitação deverá ter sido ministrada por escola ou instituição reconhecida pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) ou pelos tribunais, desde que observadas as diretrizes curriculares definidas pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com Ministério da Justiça. O mediador judicial deverá ser cadastrado perante os tribunais.

Preocupou-se o legislador em conferir maior liberdade ao mediador extrajudicial, de modo a privilegiar a confiança das partes, sobretudo em mediações familiares, escolares e comunitárias.

Por outro lado, em relação ao mediador judicial, exatamente por ser o pilar de uma política pública perante o Poder Judiciário, fez-se necessário o estabelecimento de requisitos mais rígidos.²⁹⁵

²⁹⁵ Ao longo dos debates legislativos, houve um momento em que se defendeu a tese de que somente advogados poderiam ser mediadores judiciais. Fomos contrários a esta tese e a nosso juízo caminhou bem o legislador ao inadmitir esta “reserva de mercado” e reconhecer o caráter multi e

Prevê ainda a que a remuneração aos mediadores judiciais será definida pelos tribunais e custeada pelas partes, assegurada a gratuidade aos necessitados.

5.5 Princípios da mediação

Partindo da premissa de incentivar a cultura do consenso, esmerou-se o legislador em elencar os princípios informadores da mediação (art. 2º), que assim descrevemos²⁹⁶:

- a) imparcialidade do mediador – a mediação deverá ser sempre realizada por um terceiro imparcial, que é o mediador;
- b) oralidade – uma das principais características da mediação é a retomada do diálogo entre as partes, que deve se dar por meio da linguagem oral;
- c) informalidade – a mediação prima pela informalidade, buscando facilitar o diálogo entre as partes, em contraponto à formalidade do processo judicial;
- d) autonomia da vontade das partes – não há mediação sem autonomia da vontade das partes, ninguém é obrigado a iniciar, continuar ou terminar um processo de mediação a não ser que seja por sua manifesta vontade;
- e) confidencialidade – todas as reuniões e sessões de uma mediação são confidenciais, havendo inclusive regramento específico para eventual quebra do dever de confidencialidade, tanto ao mediador, como às partes;
- f) isonomia entre as partes – em uma mediação, há sempre o equilíbrio igualitário entre as partes, ou seja, não há superioridade, nem inferioridade, de uma parte em relação à outra;

interdisciplinar da mediação, permitindo que profissionais das mais variadas áreas do conhecimento possam atuar como mediadores judiciais.

²⁹⁶ CAETANO, Flávio Croce. A mediação como método apropriado de solução de conflitos: antinomias entre dispositivos da lei da mediação e do novo código de processo civil. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia (org.). **Temas atuais do direito à luz do Constructivismo Lógico-Semântico**. Londrina: Thorth, 2018. p. 216-217.

- g) busca do consenso – embora a mediação não tenha o consenso como resultado necessário, a busca pelo consenso é um de seus princípios e
- h) boa-fé – para que a mediação seja realizada é necessário e fundamental que as partes se fundem na boa-fé, lealdade e honestidade.

Afirmamos que:

[...] a nosso juízo, não há qualquer incongruência ou incompatibilidade entre os dispositivos legais analisados, pois os dois princípios previstos pelo Novo Código de Processo Civil e não estatuídos pela Lei de Mediação, não veiculam qualquer conflito com aqueles, ao revés, atuam em caráter complementar e em relação harmônica, mantendo-se a essência do instituto da mediação. De fato, o princípio da independência reforça tanto a imparcialidade, como a isenção do mediador, enquanto que o princípio da decisão informada reforça igualmente a boa-fé que deve nortear tanto a conduta do mediador como as partes em um procedimento de mediação.²⁹⁷

Portanto, ao cotejarmos com o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 166, verificamos a presença de outros dois princípios não previstos pela Lei da Mediação, a saber: independência e decisão informada.

5.6 Mediação judicial

Outro ponto a merecer especial destaque na Lei de Mediação foi a mediação judicial. Debateu-se, principalmente na Câmara dos Deputados, a tese de que ²⁹⁸ à luz do novo Código de Processo Civil que trataria sobre a mediação judicial, seria desnecessária lei específica sobre o tema.

Superado o impasse, surgiu, ao longo do processo legislativo, uma segunda preocupação: que não houvesse conflito entre a mediação judicial disciplinada pela lei e a versão regulada pelo NCPC.

De forma sistemática e consentânea com o NCPC, a Lei de Mediação buscou tratar a esfera judicial sobre 2 aspectos: o primeiro destinado à organização da política

²⁹⁷ CAETANO, Flávio Crocce. A mediação como método apropriado de solução de conflitos: antinomias entre dispositivos da lei da mediação e do novo código de processo civil. *In: CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia (org.). Temas atuais do direito à luz do Constructivismo Lógico-Semântico*. Londrina: Thorth, 2018. p. 217.

²⁹⁸ Ao longo dos debates legislativos, recordo-me de ter havido resistência de alguns parlamentares a que a lei de mediação dispusesse sobre mediação judicial, já que a matéria também seria disciplinada pelo NCPC. A nosso juízo, acertou o legislador ao manter a mediação judicial também na lei de mediação, seja por ser mais específica que o NCPC, seja por consolidar a cultura da construção do consenso em todas as esferas.

pública de mediação judicial e o segundo dedicado à mediação dentro do processo judicial.

Assim, prevê a lei (art. 24) que os tribunais deverão criar os centros judiciários de solução consensual de conflitos (os atuais CEJUSCS), aonde deverão ocorrer as audiências de mediação (e de conciliação também) tanto as pré-processuais, como as processuais. O texto encontra-se em perfeita harmonia com o NCPC.

De outro turno, preocupou-se a lei em como disciplinar a mediação judicial²⁹⁹. A concepção do legislador foi a de estimular que as partes se submetessem à audiência de mediação.

Para tanto, estabeleceu o legislador (art. 27) que o “juiz designará audiência de mediação”, caso a petição inicial preencha os requisitos essenciais e não seja hipótese de improcedência liminar do pedido.

Em outras palavras: o comando normativo estabelece como regra a audiência de mediação como etapa processual obrigatória, sendo óbvio, que respeitada a autonomia da vontade, as partes podem desejar não continuar em procedimento de mediação.

De maneira bem menos incisiva, o NCPC prevê, em seu art. 334, parágrafo 4º, I, que a audiência de mediação não será realizada “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.”

Diante da incompatibilidade entre o artigo 27 da Lei de Mediação e o artigo 334, parágrafo 4, I do NCPC,³⁰⁰ “partimos do entendimento que a publicidade da norma jurídica é o fato que demarca a cronologia a ser observada”, segundo Aurora Tomazini de Carvalho, “considera-se a lei posterior aquela publicada por último. Partindo-se de uma premissa comunicacional do direito, as normas ingressam no sistema quando publicadas, pois é neste momento que se instaura a comunicação jurídica.”³⁰¹

Desse modo, o Novo Código de Processo Civil foi publicado em 16 de março de 2015, sendo anterior à Lei da Mediação, publicada em 26 de junho do mesmo ano.

²⁹⁹ Este ponto foi muito discutido no âmbito do processo legislativo. A intenção original era de adaptar a experiência legislativa argentina na Província de Buenos Aires em que a tentativa de mediação é obrigatória como condição prévia ao ajuizamento de uma ação. Diante do risco de questionamento judicial sobre a inconstitucionalidade do eventual dispositivo em relação ao princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, decidiu-se por não se levar tal intenção adiante, encontrando-se como caminho alternativo prever a obrigatoriedade das partes em se submeter à audiência de mediação como primeira etapa processual em ação já ajuizada.

³⁰⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 219.

³⁰¹ Ibid., p. 526.

Portanto, ao aplicarmos o critério cronológico à antinomia ora examinada, defendemos deva prevalecer a lei posterior, ou seja, o artigo 27 da Lei da Mediação, que prevê a audiência de mediação como primeira etapa obrigatória às ações judiciais em que o direito discutido possa ser objeto de mediação.

Como se isso não bastasse, pelo critério da especialidade, também deverá prevalecer a lei específica em relação a geral. E não há dúvida que a respeito do instituto da mediação, a Lei da Mediação é lei especial em relação ao Novo Código de Processo Civil, considerado como lei geral.

Embora tenhamos convicção de nosso posicionamento sobre a prevalência do dispositivo da Lei de Mediação, vale registrar que na práxis forense tem-se observado que os magistrados têm aplicado a norma do NCPC e assim deixado de realizar a audiência de mediação quando ambas as partes manifestam seu desinteresse a priori.

5.7 Mediação extrajudicial

Outro importante avanço da lei foi regulamentar a mediação extrajudicial, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica ao procedimento.

De um lado, estabelece tanto como a mediação extrajudicial tem início (artigos 17 e 21), como se encerra (artigo 20). Aqui merece relevo salientar que o acordo celebrado terá eficácia de título executivo extrajudicial, mas que poderá se constituir em título judicial se homologado por juiz (art.20, p. único).

De outro lado, a lei em seu artigo 22, disciplina um autêntico roteiro a ser observado para que uma cláusula contratual compromissória de procedimento de mediação seja completa, especificando todos os aspectos, desde o prazo para a primeira reunião até os critérios para a escolha do mediador, dentre outros itens.

Além disso, preocupou-se também o legislador, diante da inexistência de previsão contratual completa, em definir os critérios a serem observados em uma primeira reunião de mediação (art. 22, parágrafo 2º), com prazo mínimo e máximo, uma lista com 5 nomes de mediadores e até uma sanção pelo não comparecimento à primeira reunião.

Constata-se, portanto, que ao versar sobre a mediação extrajudicial com tamanho grau de minuciosidade, com regramento de hipóteses de previsão contratual completa ou não, buscou-se ao mesmo tempo fomentar o uso da mediação, bem

como lhe conferir segurança jurídica, essencial para eventuais acordos que venham a ser obtidos.

5.8 Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público

Durante muito tempo, se sustentou que diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, não seria possível à administração pública transigir ou transacionar.

A partir da possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta, prevista na Lei da Ação Civil Pública, em 1985, e anos mais tarde, com a admissibilidade do uso da arbitragem em contratos públicos, passou-se a admitir, em algumas hipóteses, a possibilidade de transação.

Considerando-se o momento atual em que cada vez mais se debate sobre um direito administrativo negocial ou consensual, haja vista a intensificação do uso de instrumentos negociais como acordos de leniência, acordos de colaboração premiada, dentre outros, a lei de mediação segue a mesma toada e regulamenta a possibilidade de autocomposição de conflitos pela administração pública.

Valendo-se da célebre conceituação de Geraldo Ataliba sobre normas federais e normas nacionais, podemos afirmar que a lei de mediação veicula tanto normas nacionais (arts. 32 a 34) destinadas a todos os entes federativos, como normas federais (arts. 35 a 40) voltadas somente à administração pública federal direta, suas autarquias e fundações.

De forma panorâmica, sem atentar às minúcias dos dispositivos, verificamos o caráter inovador da lei de mediação, que incentiva a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, pelos respectivos órgãos de advocacia pública, disciplinando inclusive a suspensão da prescrição quando iniciado o procedimento de autocomposição e a eficácia de título executivo extrajudicial a eventual acordo.

No tocante à norma federal estatuída, a principal inovação reside na possibilidade de transação por adesão em controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, autarquias e fundações.

Sem sombra de dúvidas, a lei de mediação ao regulamentar a autocomposição de conflitos pela administração pública, procedeu à enorme avanço normativo ao reconhecer circunstâncias em que preservação do interesse público e possibilidade

de transação caminham no mesmo sentido e devam receber o tratamento jurídico para garantir segurança jurídica e também o necessário controle dos atos que envolvam o poder público.

5.9 Disposições finais

A título de disposições finais, parece-nos oportuno realçar que a Lei de Mediação projetou seus efeitos para o futuro, antecipando já em 2015, que a mediação poderia ser feita pela internet ou outro meio que permitisse a transação à distância (art. 46).

Como norma programática, afirmou em seu artigo 41, que a Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, assim como manter relação de mediadores e instituições de mediação.

Reconhecendo a relevância das mediações escolares, comunitárias, bem como as realizadas perante as serventias extrajudiciais, a lei será aplicável, no que couber, sendo certo que as relações de trabalho e suas mediações serem tratadas em lei própria.

Por derradeiro, como hipótese de extraterritorialidade, faculta a lei que a parte domiciliada no exterior se submeta à mediação nos termos desta lei (art. 46, parágrafo único).

Cumprida a *vacatio legis* de cento e oitenta dias (art. 47), podemos afirmar que decorridos quase 6 anos de sua vigência, a Lei de Mediação, em conjunto com o NCPC, trouxeram importantes inovações ao universo jurídico brasileiro, sobretudo ao dar concretude, em termos legislativos, ao mandamento constitucional da solução pacífica dos conflitos em perfeita adequação com o direito à justiça e o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, como aprofundaremos a seguir.

PARTE III: A MEDIAÇÃO NO CONTEXTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DO DIREITO À JUSTIÇA

Nesta derradeira parte de nosso trabalho, em que procuraremos defender que a mediação integra o que denominaremos de justiça do diálogo, iniciaremos nossa abordagem sobre a questão do conceito material de justiça, ou seja, quais elementos conformam a ideia de justiça e seu conteúdo.

Para tanto, investigaremos a origem etimológica do termo e adentraremos o exame do conceito clássico de justiça, encontrado sobretudo em Sócrates, Platão e Aristóteles, e analisaremos sua contraposição ao conceito moderno e mais contemporâneo, com grande influência dos huguenotes, do catolicismo da Escola Ibérica da Paz, e, mais tarde, dos avaliativistas e dos positivistas incluídos, como Müller, Ferrajoli, Waluchow e Hart.

Em seguida, examinaremos a intrínseca relação entre mediação e justiça à luz dos seus conceitos constitucionalizados pela Constituição da República de 1988, sob a égide do princípio democrático e do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando delimitar o conceito material de justiça e suas modalidades procedimentais de justiça adjudicatória e justiça do diálogo.

Por fim, realizaremos um ensaio crítico à efetividade da mediação no Brasil, analisando o impacto da Lei nº 13.140/2015, sua conformação com a Agenda 2030 da ONU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, e terminar com uma discussão propositiva do incremento da mediação para desfecho pacífico dos conflitos em nosso país.

CAPÍTULO 6: UMA CONCEITUAÇÃO DE JUSTIÇA

6.1 Conceito clássico de justiça

Ao examinarmos a origem etimológica na língua portuguesa, encontramos que³⁰² o termo “justiça” vem do latim *justitia*, da mesma forma que o termo “justeza”. Possui, ainda, intensa relação com o termo latino para direito, *jus*, e ao mesmo tempo expressa a qualidade de ser justo e equilibrado, fazendo referência a um sistema legal.

³⁰² NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, 1955. t. 1. p. 286.

Na Antiguidade, a justiça é simbolicamente representada pelas deusas Themis e Diké na Grécia e pela divindade Iustitia em Roma, sendo predominante a imagem feminina com uma balança em uma das mãos, com dois pratos e uma venda nos olhos, denotando imparcialidade na decisão e igualdade no tratamento entre as partes.

Até mesmo no Código de Hamurabi, de 1750 a.c, já havia a anunciação de vários princípios clássicos de justiça, como a presunção de inocência, a proporcionalidade das penas em relação aos crimes cometidos e a competência da autoridade. O epílogo do Código de Hamurabi dizia:

As justas leis que Hamurabi, o sábio rei, estabeleceu e (com as quais) deu base estável ao governo [...]. Eu sou o governador guardião [...]. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad; [...] em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão [...]. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.³⁰³

A Bíblia cristã também traz o conceito de justiça em diversas passagens. Base do Judaísmo e do Cristianismo, o Antigo Testamento narra o episódio da decisão do Rei Salomão frente a duas mulheres prostitutas que afirmam serem mães de um único bebê, em 1 Reis 3:16-28.

16 Então vieram duas mulheres prostitutas ao rei, e se puseram perante ele.
 17 E disse-lhe uma das mulheres: Ah! senhor meu, eu e esta mulher moramos numa casa; e dei à luz, morando com ela naquela casa.
 18 E sucedeu que, ao terceiro dia depois do meu parto, também esta mulher deu à luz; estávamos juntas; estranho nenhum estava conosco na casa, senão nós duas naquela casa.
 19 E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele.
 20 E levantou-se à meia noite, e me tirou meu filho do meu lado, enquanto dormia a tua serva, e o deitou no seu seio; e deitou seu filho morto no meu seio.
 21 E levantando-me eu pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, atentando pela manhã para ele, eis que não era meu filho, que eu havia dado à luz.
 22 Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho, o morto. Porém esta disse: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho, o vivo. Assim falaram perante o rei.
 23 Então disse o rei: Uma diz: Este que vive é meu filho, e teu filho, o morto; e a outra diz: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho, o vivo.
 24 Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante do rei.
 25 E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo; e dai metade a uma, e metade a outra.
 26 Mas a mulher, cujo filho era o vivo, falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah! senhor meu, dai-lhe o menino

vivo, e de modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem teu nem meu seja; antes dividi-o.

27 Então respondeu o rei, e disse: Dai à primeira o menino vivo, e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.

28 E todo o Israel ouviu o juízo que julgara o rei, e temeu ao rei, porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça.³⁰⁴

Possível extrair-se do julgamento realizado pelo Rei Salomão, alguns dos aspectos essenciais ao conceito de justiça: a existência de um conflito, a presença de um terceiro elemento, com legitimidade e autoridade para decidir, um procedimento para investigar a verdade e a conclusão de que nem sempre a igualdade aritmética significa a consecução da justiça.

Para os gregos, a concepção de justiça encontra-se definida pelos deuses, fora do alcance dos homens, como pode-se perceber em *Antígona*, de Sófocles, quando a própria personagem se dirige ao Rei Creonte e diz:

Porque não foi Zeus quem a ditou, nem foi a que vive com os deuses subterrâneos – a Justiça – quem aos homens deu tais normas. Nem nas tuas ordens reconheço força que a um mortal permita violar aquelas não-escritas e intangíveis leis dos deuses. Estas não são de hoje, ou de ontem: são de sempre; ninguém sabe quando foram promulgadas. A elas não há quem, por temor, me fizesse transgredir, e então prestar contas aos Numes. Bem sei, como não? Que hei de morrer um dia mesmo sem decreto teu [...].³⁰⁵

Nesta clássica obra grega de Sófocles, resta evidenciado que para que vigore a justiça, o direito natural de origem divina e transcendental, como o direito ao sepultamento, não pode ser violado, nem desrespeitado por uma ordem terrena ou uma lei dos homens, nem mesmo do rei.

Para os filósofos gregos clássicos, como Sócrates, Platão e Aristóteles, a justiça era tanto bem político, quanto virtude individual, “[a] coragem de Sócrates é justificada aqui, como já foi sublinhado anteriormente, pela compreensão de que o maior mal da alma é a injustiça, e não a morte em si.”³⁰⁶ Para Sócrates, é possível distinguir bons e maus prazeres, pois os bons são os que promovem a boa disposição da alma, como a justiça e a temperança, enquanto os maus fazem o oposto.³⁰⁷

³⁰⁴ BÍBLIA. Tradução para português. **Bíblia Sagrada**. Salt Lake City: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2015. p. 566.

³⁰⁵ VIEIRA, Trajano; ALMEIDA, Guilherme de. **Três tragédias gregas**. Tradução: Guilherme de Almeida. São Paulo: Perspectiva: 1992. p. 62.

³⁰⁶ PLATÃO. **Górgias**. Obras II. Tradução, ensaio introdutório e notas: Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 104.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 126-127.

O tema da justiça é tratado em duas importantes obras escritas por Platão, onde descreve diálogos de Sócrates: em *Górgias*, entre Sócrates e Cálicles, e na *República*³⁰⁸, entre Sócrates e Trasímaco.

Em *Górgias*, há alusão inclusive à proporcionalidade do sofrimento de uma pena a depender do ato praticado:

Mas os que são beneficiados e que recebem a justa pena infligida por deuses e homens são aqueles que cometeram erros curáveis; contudo, é por meio de sofrimentos e dores que eles são beneficiados, aqui como no Hades, pois não há outro modo de se livrarem da injustiça. Por outro lado, os que cometeram as injustiças mais extremas e tornaram-se incuráveis devido a esses atos injustos, tornam-se modelo, embora eles próprios jamais possam obter alguma vantagem porque são incuráveis.³⁰⁹

Já na *República*, ao versar sobre o debate com Trasímaco, sofista que guardava semelhanças com Protágoras, Platão afirma que a justiça é vantajosa, mas não somente para os que são fortes, como teria afirmado seu interlocutor, pois a justiça como virtude não é mais vantajosa a uns e menos vantajosa a outros.³¹⁰

Na *República*, Platão conceitua justiça como virtude, enquanto em *Górgias*, o debate reside na questão de qual a melhor alternativa: causar ou sofrer injustiça.³¹¹

Em arremate sobre a visão platônica de justiça, Alysson Leandro Mascaro afirma que:

[...] a questão do justo, assim sendo, desloca-se, em Platão, do plano do indivíduo para o plano da pólis. Será a pólis justa a medida dos homens justos, e não o contrário. Isso quer dizer, havendo distorções graves na sociedade, não se há de dizer que os afazeres jurídicos individuais possam lhes ser considerados alheios. A justiça, para Platão, é necessariamente justiça social.³¹²

Ainda sobre o significado de justiça, Aristóteles, em sua magistral obra *Ética a Nicômaco* trata o termo como uma virtude, ou seja, potência e ato. Como discípulo de Platão, ele retorna, de certa forma, à crença socrática, para questionar como um sistema normativo pode ser perfeito se os homens responsáveis por sua aplicação não forem virtuosos.³¹³

³⁰⁸ PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

³⁰⁹ PLATÃO. **Górgias**. Obras II. Tradução, ensaio introdutório e notas: Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 132.

³¹⁰ PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000. p. 10.

³¹¹ Vale registrar que o termo “injustiça” é mencionado 223 vezes na obra, enquanto “justiça” apenas 90.

³¹² MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 57.

³¹³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999.

Na busca pela felicidade, tema recorrente em Aristóteles, a injustiça é implacável inimiga. Como afirma Gabriel Chalita, “a justiça é excelência moral perfeita”,³¹⁴ para o filósofo grego. “O justo é aquele que respeita a lei e é correto. O injusto é o ilegal. O injusto é aplicado às pessoas ambiciosas, àquelas que querem mais do que têm direito”.

Então a justiça, neste sentido, é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. Portanto a justiça é frequentemente considerada a mais elevada forma de excelência moral, e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa, e também se diz proverbialmente que na justiça se resume toda a excelência.³¹⁵

De grande importância para o contexto deste trabalho, Aristóteles cunha a relação entre direito e justiça de forma a defender que aquele existe para que esta prevaleça. O aparato normativo tem lugar na defesa do exercício da justiça, e as cidades devem compreender a necessidade de se fornecer conhecimento e aprendizado para que as pessoas sejam virtuosas, e, portanto, justas.

Nesse sentido, explica Gabriel Chalita:

Aristóteles dedica apenas o livro V da *Ética a Nicômaco* a um tratado mais específico sobre a justiça. Entretanto, nos dez livros da *Ética a Nicômaco*, ao tratar dos elementos que compõem o homem e a sociedade, quer demonstrar que não haverá sistema jurídico perfeito capaz de prevalecer sem a ação humana. O direito será sempre refém do homem. Do homem que o formula, do homem que o interpreta, do homem que o aplica. Por isso, para que o direito efetive a justiça é preciso formar o homem, formá-lo como virtuoso, formá-lo como correto, formá-lo como justo.³¹⁶

Buscando, ainda, sistematizar o conceito de justiça, Aristóteles utiliza-se de classificações e subclassificações, sustentando a divisão entre justiça universal e justiça particular, que por sua vez, compreenderia a justiça distributiva e a justiça corretiva.

Assim, compreende-se em sentido universal, que:

[...] a justiça é tomada num sentido lato. Ela tanto é uma manifestação geral da virtude quanto uma apropriação do justo à lei que, no geral, é tida por justa. O respeito à lei é a característica desse justo que é tomado no sentido lato.³¹⁷

³¹⁴ CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>.

³¹⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999. p. 93.

³¹⁶ CHALITA, op. cit.

³¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 67.

Por outro lado, como justiça particular,

[...] ela também é uma virtude em si mesma [...] justiça, em sua apreensão específica e estrita, considera-se a ação de dar a cada um o que é seu, sendo essa a regra de ouro sobre o justo. A justiça, assim, compreende uma ação de distribuição, que demanda uma qualidade de estabelecer o que é de cada qual.³¹⁸

E como subclassificações inerentes ao sentido de justiça particular, Aristóteles identifica a justiça distributiva e a justiça corretiva, que no dizer de Alysson Mascaro,

[...] a justiça corretiva é uma proporção aritmética, porque se trata apenas da devolução daquilo que foi acrescido a alguém. A justiça distributiva, em comparação, é mais complexa, por se tratar de uma proporção geométrica. Se na justiça distributiva, há uma proporção entre pessoas e coisas, na justiça corretiva há apenas uma proporção entre coisas, porque as pessoas são tratadas formalmente como iguais.³¹⁹

E indo além em sua reflexão, ao analisar a justiça e a injustiça, Aristóteles considera a justiça como meio-termo e a injustiça como excesso e falta, sustentando que:

[...] justiça é a observância do meio-termo, mas não de maneira idêntica à observância de outras formas de excelência moral, e sim porque ela se relaciona com o meio-termo, enquanto que a injustiça se relaciona com os extremos. E a justiça é a qualidade que nos permite dizer que uma pessoa está predisposta a fazer, por sua própria escolha, aquilo que é justo, e, quando se tratar de repartir alguma coisa entre si mesma e outra pessoa, ou entre duas pessoas, está disposta a não dar demais a si mesma e muito pouco à outra pessoa, daquilo que é desejável, e muito pouco a si mesma e demais à outra pessoa daquilo que é nocivo, e sim dar a cada pessoa o que é proporcionalmente igual, agindo de maneira idêntica em relação a duas outras pessoas. [...] No ato injusto, ter muito pouco é ser tratado injustamente, e ter demais é agir injustamente.³²⁰

Em síntese, vale ressaltar o meio-termo aristotélico como a expressão da justa medida, da superação, ao mesmo tempo, da falta e do excesso. A excelência moral, mais uma vez, está no justo meio, pois a falta e o excesso são deficiências morais, e o meio-termo é o que deve ser alcançado.

[...] determinar o meio de um círculo não é para qualquer pessoa, mas para as que sabem; da mesma forma, todos podem encolerizar-se, pois isto é fácil, ou dar ou gastar dinheiro; mas proceder assim em relação à pessoa certa, até o ponto certo, pelo motivo certo e da maneira certa, não é para qualquer um, nem é fácil; portanto, agir bem é raro, louvável e nobilitante.³²¹

³¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 67.

³¹⁹ Ibid., p. 69-70.

³²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999. p. 101.

³²¹ Ibid., p. 46.

Isso significa que, para que se faça justiça, em Aristóteles, as partes de um conflito devem ter pleno conhecimento das possibilidades de desfecho da pretensão de ambos, virtuosidade de formação, para que, sendo justos e corretos, consigam chegar a uma solução justa. Não necessariamente se enxerga em Aristóteles a imperatividade de uma decisão judicial, mas podemos afirmar que sua explicação sobre o direito apenas existir para efetivar a justiça, sob a virtuosidade por formação e hábito e o encontro no justo meio, abre espaço para a concepção de soluções pacíficas de controvérsias.

6.2 Conceitos moderno e contemporâneo de justiça

Apesar da relevância da consideração aristotélica sobre o tema, os conceitos, tanto moderno quanto contemporâneo³²² partem da ótica de que a justiça deixa de ser algo diverso do direito, ou seja, subjetividade, atributo moral do indivíduo, virtude individual, que são garantidas pelo direito, para integrar o próprio direito.

Na Idade Moderna, este novo olhar sobre justiça inicia-se com os huguenotes, protestantes franceses durante as guerras religiosas na França, na segunda metade do século XVI. De maioria calvinista, os reformistas do catolicismo bradavam a salvação unicamente pela fé em Cristo, sem a necessidade de intercessão da hierarquia eclesiástica.

Além disso, afirmavam também que o rei estaria submetido ao direito, pois haveria um direito divino que a todos obrigava e, se assim não se submetesse, a um só tempo, o rei se tornaria tirano, de um lado, e de outro, exsurgiria o direito de resistência ao povo, como expressão de justiça. Assim afirmou Théodore de Bèze, lembrado por Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros:

Sobre a máxima do direito romano de que o príncipe não está obrigado às leis, Bèze argumenta que ela se refere apenas às leis civis e ao direito privado, não incluindo o direito público que concerne aos negócios do Estado, nem o direito divino e natural ao qual todos os homens estão submetidos. Quando esses limites são transgredidos pelo príncipe, ele torna-se um tirano, e a resistência, se necessária pela força, passa a ser legítima.³²³

³²² Ao longo deste trabalho, assumimos a idade moderna (de 1473 a 1789) e idade contemporânea (1789 até os dias atuais).

³²³ BÈZE, Théodore de. Du droit des magistrats sur leurs sujets. Genève: Droz, 1970, p. 49-50. In: BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. O direito de resistência na França renascentista. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, p. 99-114, jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jan. 2021.

Com o mesmo objetivo de afirmar o direito de resistência e a justiça como valor público intransponível até mesmo pelo soberano, o movimento dos huguenotes foi responsável pela publicação em 1579 da obra *Vindiciae contra tyrannos*,³²⁴ sob o pseudônimo de Stephanus Junius Brutus, na qual procuram, principalmente, em postura antimacquiavelista, delimitar os direitos e deveres do príncipe para com o povo e vice-versa, partindo da premissa protestante da existência de deveres mútuos e recíprocos, fruto de um contrato bilateral.

Na obra, um autêntico libelo contra a tirania, defende-se a igualdade fraternal sustentada por Paulo de Tarso, segundo a qual todos são irmãos, filhos do mesmo Pai, e toda autoridade emana da vontade divina. Todavia, importante considerar existir uma variante dessa afirmação, ao se admitir que a escolha divina dos príncipes implicaria sempre que seus atos e escolhas seriam em prol do povo, sob pena do direito de resistir. No mesmo sentido, esclarece Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros:

Se na origem de seu poder está a vontade divina, ele só se efetiva pela investidura do povo, ao qual pertence o direito de fazer os príncipes. O autor defende que a submissão não é incondicional, mas subordinada ao respeito do príncipe pelas cláusulas do contrato. Se ele infringir essas cláusulas, os magistrados, como legítimos representantes do povo, passam a ter o direito de resistir.³²⁵

Ainda em referida obra, os huguenotes sob o pseudônimo de Brutus, superam os posicionamentos sustentados por Martinho Lutero e João Calvino, pois estes jamais afirmaram a possibilidade de rebelião contra o príncipe soberano, inclusive tirando-lhe a vida, como resposta justa à tirania – tiranicídio. De fato, os huguenotes não só acreditam nessa possibilidade, como a defendem expressamente:

Não devemos apenas não nos prostrar diante de Baal, devemos realizar sacrifícios a Deus da maneira que Ele requer de nós. Pois devemos adorar a Deus por amor a Ele, mas honrar um príncipe e amar o próximo por Sua conta também. Mas, de fato, se é um crime ferir um vizinho, e é considerado um pecado grave atacar um príncipe, que nome devemos atribuir a um crime tão grande e atroz como atacar a majestade do Senhor supremo de todos? Em suma, assim como é muito mais grave ferir o criador do que a criatura, ou um homem do que sua imagem, e já que na lei [jus] a pena é mais pesada para aquele que prejudicou a majestade real do que para alguém que violou uma

³²⁴ BRUTUS, Stephanus Junius. **Vindiciae contra tyrannos**: or, concerning the legitimate power of a prince over the people, and of the people over a prince. Edited and translated by George Garnett. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

³²⁵ BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. O direito de resistência na França renascentista. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, p. 99-114, jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jan. 2021.

estátua a ela dedicada, portanto, não há dúvida de que um castigo muito mais grave e terrível aguarda aqueles que violam a primeira tábua da lei e não a segunda (embora um dependa do outro).³²⁶

De outro turno, lembra Jean Bodin, pensador francês defensor do absolutismo, no que tange aos conflitos jurídicos, que Calvino propagava a ação dos magistrados na defesa do povo contra os desmandos dos tiranos, apesar de inicialmente dever-lhes obediência. Para os huguenotes, a quebra injusta contrato social pelo soberano, obriga-os a defender o povo.³²⁷

O mesmo Jean Bodin, crítico ardente dos huguenotes, principalmente da sua série de panfletos, afirma que a resistência dos súditos, mesmo que o soberano tenha cometido as mais terríveis injustiças e crueldades, deve ser sempre condenada.³²⁸

Conforme observado por outro pensador contratualista-absolutista, Thomas Hobbes, no “Leviatã”, as leis da natureza obrigam no aspecto interno, mas nem sempre no aspecto externo, ou seja, há uma substituição da Igreja pelo Estado na função de unir e julgar de maneira suprema o foro do homem e o foro de Deus, submetendo a ética ao direito estatal.³²⁹

Ainda, Hobbes crê que “a injustiça não é outra senão o não-cumprimento de um pacto”,³³⁰ ou seja, faz referência implícita aos huguenotes ao reconhecer na quebra do contrato social a injustiça em sua essência. Completa ainda dizendo que “tudo o que não é injusto é justo”.³³¹

Assim, a complexidade política moderna não mais abarcaria a simples dicotomia entre direito privado e direito público. Fazia-se necessária uma nova formulação do direito público.

³²⁶ BRUTUS, Stephanus Junius. **Vindiciae contra tyrannos**: or, concerning the legitimate power of a prince over the people, and of the people over a prince. Edited and translated by George Garnett. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 31. Tradução livre de “Not only should we not prostrate ourselves before Baal, we should perform sacrifices to God in the manner He requires of us. For we are bound to worship God for His own sake, but to honour a prince and love a neighbour on His account too. But indeed, if it be a crime to injure a neighbour, and it is deemed a grievous sin to attack a prince, what name shall we attribute to so great and atrocious a crime as assaulting the majesty of the supreme Lord of all? In short, just as it is far more serious to injure the creator than the creature, or a man than his image, and since in law [jus] the penalty is heavier for one who has harmed the royal majesty than for someone who breaks a statue dedicated to it, so there is no doubt that a much graver and more terrible punishment awaits those who violate the first table of the law rather than the second (although one depends on the other).”

³²⁷ BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Paris: Fayard, 1986. p. 78-79.

³²⁸ Ibid., p. 73-75.

³²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma República Eclesiástica e Civil**. Richard Tuck (org.), edição brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-137.

³³⁰ Ibid., p.124.

³³¹ Ibid.

Este ápice se dá em Nicolau Maquiavel, com a discussão da razão de ser do Estado. Ao discorrer sobre soberania, os meios para instaurá-la e mantê-la, debate-se também que o direito público moderno seria um novo esforço para estabilizar o exercício do poder numa sociedade acelerada e cada vez mais complexa.

Em contraponto a esta razão de Estado, defenderam os acadêmicos da Escola Ibérica da Paz uma razão de humanidade,³³² pautada na dignidade da pessoa humana, como valor regente das normas imperativas de Direito. Reconhecidos como precursores de Hugo Grotius, criaram os pilares da modernidade europeia, com uma concepção objetiva de justiça e um fundamento no direito natural.³³³

Abertamente contrários às crueldades da colonização europeia nas Américas, os autores ibéricos eram em sua maioria católicos de carreira, como freis, frades, padres e clérigos, quase todos catedráticos de Teologia nas Universidades de Portugal e Espanha. Eles elaboram uma releitura, do ponto de vista político-jurídico, da igualdade fraterna de Paulo de Tarso, conferindo maior abertura à pluralidade de homens e dos povos recém-contatados nas Américas.³³⁴

Martín de Azpilcueta, por exemplo, em 1548, afirmou que “a lei imperial não suprime as providências naturais”,³³⁵ em clara limitação do poder político do papa e dos reis, cujo alcance não poderia abranger os povos não-cristãos. Explica Pedro Calafate sobre o pensamento de Azpilcueta que, para o autor ibérico,

importava fundamentar tanto a tese de que o papa não possuía autoridade temporal ou espiritual sobre os povos estranhos ao mundo cristão (possuindo apenas poder espiritual entre os cristãos, bem como poder indireto sobre os assuntos temporais, entre os cristãos, em ordem ao fim espiritual), como a de que os imperadores romano-germanos ou os reis peninsulares não podiam considerar-se senhores do mundo, devendo entender-se tal título apenas como hipérbole, ou, na pior das hipóteses, como arrogância.³³⁶

Desse modo, a ideia de justiça passa a ser avaliada de maneira mais minuciosa, pois, ao se referir à suposta guerra justa contra os povos “bárbaros” por

³³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. VI.

³³³ CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón Emilio Mandado. **Escola Ibérica da paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América**. Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, D.I., 2014.

³³⁴ CALAFATE, Pedro. A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI). **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 78-96, jan./abr. 2014. p. 80-81.

³³⁵ AZPILCUETA, Martín de. Relectio c. Novit de Iudiciis. In: CALAFATE, Pedro. **A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Séculos XVI e XVII)**. Coimbra: Edições Almedina, p. 23-181, 2015. v. II.

³³⁶ CALAFATE, op. cit., p. 82.

estes negarem o Evangelho imposto pelos europeus, afirma Frei Antônio de São Domingos que “todavia, e salvo melhor opinião, esta causa não parece suficientemente justa, e prova-se porque o Senhor quer que o Evangelho seja pregado com mansidão, e não pela força das armas, como provámos atrás.”³³⁷

Com efeito, a partir da Escola Ibérica da Paz, passa-se à concepção de que a justiça jamais será fundamento de conflitos, mas tão somente a base de suas resoluções. De certa forma, na mesma linha de entendimento de Hugo Grotius em “O direito da guerra e da paz”, ao advogar para a Companhia das Índias Holandesas, uma vez que sustentava, ao mesmo tempo, a humanização das guerras e a manutenção da paz. Além disso, Hugo Grotius desenvolve, em sua teoria, que as fontes do direito seriam a moral neo-estoica, laica, e a razão natural que Deus inscreveu na alma humana, independentemente de fronteiras ou de opiniões.³³⁸

Adentrando, a partir de agora, uma análise do conceito contemporâneo de justiça, importante registrar que já na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico considerará justa a decisão jurídica que seja produzida em conformidade com um critério de autoridade e observado um procedimento válido, não importando o conteúdo material da norma.

Sustentam os positivistas exclusivistas, que o conceito de justiça habita o terreno da moral ou da política, isto é, fora do âmbito do direito e, portanto, não passível de análise por este. Nesse sentido afirma Hebert Hart que:

a justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas classes de indivíduos [...]. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas.³³⁹

Hans Kelsen, sobretudo nas obras “Teoria Pura do Direito” e “O Problema da Justiça”, defende que o conceito de justiça é variável no decorrer da história, conforme valores sociais dominantes, de acordo com as “representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente fazem e fizeram daquilo que eles chamam justo, que eles designam como justiça”.³⁴⁰

³³⁷ SÃO DOMINGOS, António de de Bello. ms 5.552 da Biblioteca Nacional de Portugal, f. 67, v. 68. In: CALAFATE, Pedro. A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI). **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 78-96, jan./abr. 2014. p. 84.

³³⁸ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Porto Alegre: Unijuí. 2005.

³³⁹ HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 182.

³⁴⁰ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 16.

É possível compreender tal descolamento entre direito e justiça quando Kelsen admite, no Capítulo VIII do Teoria Pura do Direito, que o aplicador da lei pode, inclusive, decidir *contra legem*, isto é, contra o direito posto. Isto significa dizer que a autoridade será competente para dizer o direito, independentemente da justeza ou da correção de sua decisão. A reflexão sobre justeza ou correção seria uma análise avaliativa, inexistente no positivismo exclusivista.³⁴¹

Para o positivismo exclusivista, o conceito de justiça enquanto segmento da moral, não se prende a parâmetros rígidos como o direito: a moral é facilmente modificada, ao passo que a norma, de forma diversa, deve ser aplicada até que seja revogada.

Avaliar uma norma ou uma decisão como justa é tão-somente exercício da moral, como afirma Alf Ross ao dizer que “a ideologia da justiça não cabe, pois no exame racional das normas”.³⁴² Essa crença será substancialmente superada apenas no período Pós-Guerra, como veremos a seguir.

6.3 O conceito de justiça no Pós-Guerra

Como afirmamos anteriormente, entre final do século XIX e meados do século XX, sob a ótica do pensamento vigente do positivismo exclusivista ou excludente, o conceito de justiça confundia-se com a da lei, enquanto direito posto. Em síntese, a justiça, estaria presente como aspecto valorativo, assim como a moral e a ética, no momento de elaboração da lei. Sendo a lei existente, produzida por autoridade competente e observando o procedimento que lhe conferisse validade, eventual questionamento sobre a justeza ou não da lei não seria objeto de estudo da ciência do direito, mas de outros ramos do conhecimento, como política e sociologia.

Como afirma Miguel Reale:

O Direito, dizia ele, só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, diz respeito àquilo que se processa no plano da consciência. Enquanto uma ação se desenrola no foro íntimo, ninguém pode interferir e obrigar a fazer ou deixar de fazer. O Direito, por conseguinte, rege as ações exteriores do homem, ao passo que as ações íntimas pertencem ao domínio especial da Moral. A moral e o Direito ficavam assim totalmente separados, sem possibilidade de invasão recíproca nos seus campos, de

³⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁴² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 326.

maneira que a liberdade de pensamento e de consciência recebia, através de doutrina engenhosa, uma tutela necessária.³⁴³

Se de um lado o positivismo excludente buscou limitar o abuso de governantes, que se fundavam em particular interpretação dos direitos naturais e dos valores sociais para legitimar o seu agir arbitrário, daí a concepção positivista do primado da lei e da pureza do direito, de outro lado, sem que tivesse como objetivo, mas como efeito colateral, o mesmo positivismo acabou por vivenciar a tragédia que, sob o manto da legalidade, não se observasse a noção de justiça e fossem praticadas as maiores atrocidades contra a humanidade durante a Idade Contemporânea, marcadas pela 2ª Guerra Mundial.

De fato, a 2ª Guerra Mundial pode ser considerada a um só tempo, como o maior massacre à humanidade no século XX, com dezenas de milhões de mortos, feridos e refugiados, mediante a prática de crimes de guerra, contra a humanidade e de genocídio, como também demarca a ruptura com as tradições jurídicas vigentes, uma vez que a legalidade não foi capaz de impedir tais atrocidades praticadas por governos autoritários e totalitários, nazistas e fascistas.

Isto porque o positivismo surge após uma primeira onda do movimento denominado constitucionalismo, em que principalmente depois da Revolução Francesa e a Independência Norte-Americana, com as respectivas Constituição Francesa de 1791 e Constituição Norte Americana de 1787, como origem dos direitos de 1ª geração, os denominados direitos individuais, civis e políticos, os Estados passam a ser disciplinados e regidos por constituições rígidas, que contemplam o funcionamento do Estado, sua divisão política em poderes independentes e a observância a uma carta de direitos, inicialmente individuais, mas a partir do início do século XX, passam a abarcar também os direitos sociais e coletivos(ditos de 2ª.geração).

Sob a concepção positivista, com a hermetização e pureza da ciência do direito, a lei representava a segurança jurídica, e, assim, evitando-se a penetração de valores externos ao direito, em tese, não haveria espaço ao arbítrio.

Ledo engano, pois foi sob os auspícios e entre as brechas deixadas pelo positivismo que pensadores como Carl Schmitt sustentaram a legitimidade jurídica e

³⁴³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 6. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

legal do totalitarismo, em que justiça e moral não se confundiam com direito nem com a lei, sendo a lei cogente e de observância obrigatória. Assim afirma o jurista alemão:

[...] o direito supõe uma harmonia dos objetivos 'de origem exterior', semelhante àquela que exige a moralidade 'de origem interior', uma vez que nos dois casos a mesma coisa é requerida do ponto de vista dos conteúdos. O direito cria as condições exteriores da moralidade interna. Tudo isso significa necessariamente que o direito rege prudentemente a vida do homem e lhe proporciona a segurança necessária para que ele possa realizar projetos mais importantes. O direito não se comportaria de outro modo, em relação à moralidade, que uma dieta apropriada ou um tratamento higiênico, destinado a melhorar as performances que o homem realiza por si mesmo, na plena posse de suas funções corporais.³⁴⁴

A título de ilustração, em que se constata o descolamento entre direito e justiça no pensamento jurídico vigente à época, tem-se o famoso episódio do julgamento do funcionário alemão do nazismo hitleriano, Adolph Eichmann, tão bem descrito e relatado por Hannah Arendt:

A realidade é que os nazistas são homens como nós; o pesadelo é que eles têm mostrado, têm provado para além da dúvida do que o homem é capaz. Em outras palavras, o problema do mal será a questão fundamental da vida intelectual do pós-guerra na Europa, como a morte se tornou o problema fundamental da última guerra.³⁴⁵

Ao analisar a visão arendtiana, Celso Lafer aponta a ruptura do totalitarismo com a ideia de justiça:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionado à punição proporcional ao ato punível; a distribuição eqüitativa de bens e situações e a boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. É, com efeito, uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiqüidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma organizacional. Fundamenta-se, assim, no pressuposto de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou aspiram, podem, a qualquer momento, ser qualificados como inimigos objetivos e encarados como supérfluos para a sociedade. Tal convicção explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa humana enquanto valor-fonte da legitimidade da ordem jurídica,

³⁴⁴ SCHMITT, Carl. **La valeur de l'État et la signification de l'individu**. Tradução, introdução e notas: Sandrine Baume. Genève: Droz, 2003. p. 109.

³⁴⁵ ARENDT, Hannah. *Nightmare and Flight*. In: ARENDT, Hannah. **Essays in Understanding, 1930-1954: formation, exile and totalitarianism**. New York: Schocken Books, 2005. p. 134. Tradução livre de "The reality is that 'the Nazis are men like ourselves'; the nightmare is that they have shown, have proven beyond doubt what man is capable of. In other words, the problem of evil will be the fundamental question of post-war intellectual life in Europe – as death became the fundamental problem after the last war."

como formulada pela tradição, senão como verdade pelo menos como conjectura plausível da organização da vida em sociedade.³⁴⁶

Diante do cenário de destruição e ruptura das tradições jurídicas, como herança do totalitarismo reinante na 2ª Guerra Mundial, e da necessidade da reconstrução de paradigmas éticos e morais que observassem a defesa dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana em si considerada e do conceito de justiça, florescem no Pós-Guerra movimentos políticos e filosóficos que levam tanto à busca da proteção internacional dos direitos humanos e a manutenção da paz mundial, com a criação da ONU e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como a uma segunda onda de constitucionalização dos direitos, sobretudo a partir da Constituição da Itália (1947) e da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)³⁴⁷, que demarcaram a transição dos regimes de exceção para a democracia.

Há significativa mudança da reflexão filosófica sobre a forma de pensar o direito e o fenômeno jurídico, com o objetivo de incluir, no sistema jurídico constitucional e legal, os valores sociais concernentes à justiça, à moral e à ética.

Neste contexto, surge a corrente jusfilosófica do pós-positivismo, que acaba por influenciar o que alguns denominam de neoconstitucionalismo, tendo por fundamento principal que as normas jurídicas são integradas por regras e princípios, cabendo aos princípios, de forma abstrata, veicularem os aspectos referentes aos valores de justiça, moral e ética, que deverão necessariamente ser observados tanto na confecção, como na aplicação do direito.

Com a ideia de superação da concepção de direitos naturais pela positivação de direitos humanos e pelos direitos fundamentais, consagrados nas Constituições dos países e nos tratados internacionais de direitos humanos, também passam a figurar no direito posto os critérios e valores de justiça veiculados por princípios. Assim, justiça deixa de ser tão somente uma referência moral para se tornar norma cogente.

Trocando em miúdos: o movimento de positivação dos direitos humanos e fundamentais nas Constituições rígidas do pós-guerra, também alude à positivação de critérios de justiça, que deixa de ser mera balizadora de decisões autônomas e

³⁴⁶ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997. p. 55.

³⁴⁷ O mesmo fenômeno ocorreu no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1946, que, todavia, não foi suficiente para impedir a eclosão do governo autoritário iniciado com o golpe militar de 1964.

passa a ser norma jurídica versada através de princípio, escolha moral das Constituições. É isso que resume Luigi Ferrajoli:

Em suma, as garantias dos direitos fundamentais, que no primeiro positivismo foram introduzidos autonomamente pela legislação de acordo com princípios políticos ou externos de justiça, foram impostas pela constituição, que transformou tais princípios políticos em princípios jurídicos ou internos.³⁴⁸

Inegável concluir que os horrores e atrocidades vividos na Segunda Guerra Mundial serviram de fundamento para uma mudança substancial do conteúdo do direito. Deixa-se de analisar apenas o processo lógico legislativo e a autoridade competente para emitir a norma ou a decisão. Passa-se a examinar se o direito posto se contrapõe à ideia de justiça, igualmente constitucionalizada. Trata-se de uma nova ordem social, política e jurídica, a que Mario Losano chamou de direito pós-bélico.

[E]ssas teorias antiformalistas pós-bélicas, portanto, se conectam aos movimentos anteriores ao nacional-socialismo e, curiosamente, se autodefinem “sistemas” [...] Com tais teorias, o termo “sistema” sofre, pois, uma evolução que o separa de sua história.³⁴⁹

Diante desse contexto, a indagação vem à mente: positivismo e pós-positivismo seriam então correntes antagônicas e excludentes?

Diferentemente do que afirmam alguns autores sobre o pós-positivismo, não há, em verdade, uma superação do positivismo, mas uma mitigação de alguns pilares, dando espaço ao que Friedrich Müller³⁵⁰ chama de pós-positivismo e, Wilfrid Waluchow³⁵¹, de positivismo jurídico includente, o atual *mainstream* jurídico mundial.

Lembra Luigi Ferrajoli, em seu prefácio ao “Jusnaturalismo e Positivismo jurídico” de Norberto Bobbio, que o próprio Bobbio já havia denotado a proximidade possível entre jusnaturalismo e positivismo:

[...] Bobbio aponta a incompatibilidade entre positivismo jurídico e jusnaturalismo em apenas dois casos: 1) se ambos forem concebidos, na sua forma extrema e radical, como ideologias da justiça, um como “ética legalista” por força da qual “se deve obedecer às leis enquanto tais”, o outro como “ética naturalista” por força da qual “se deve obedecer às leis apenas enquanto são

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político Madrid: Trotta, 2014. p. 34. Tradução livre de “En suma, las garantías de los derechos fundamentales, que en el primer positivismo se introdujeron de manera autónoma por la legislación de acuerdo con principios de justicia políticos o externos, han sido impuestas por la constitución, que ha transformado tales principios políticos en principios jurídicos o internos.”

³⁴⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136. v. 2.

³⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 10-11.

³⁵¹ WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo jurídico incluyente**. Tradução: Marcela S. Gil y Romina Tesone. Rev. Hugo Zuleta. Barcelona. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.

justas”; 2) se concebidos ambos como teorias do direito, um como o único direito existente, o outro como “teoria da superioridade do direito natural sobre o direito positivo” e, mais precisamente, como uma teoria da moral segundo a qual certo conjunto de valores ou de prescrições morais é tomado, por força da sua presumida objetividade natural, como um sistema normativo de ordem superior, como parâmetro não só de justiça, mas também de validade, para o direito produzido pelos homens.”³⁵²

No mesmo sentido, sustenta Luis Roberto Barroso:

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.³⁵³

O pós-positivismo enquanto movimento jusfilosófico, como explica Georges Abboud, analisa a norma a partir de uma nova perspectiva, mediante a qual volta-se a enxergar a relação entre o estudo do direito e a realidade, deficiência esta reiteradamente apontada aos positivistas exclusivistas. Diz Abboud que:

O pós-positivismo, aqui tratado, tem por escopo situar-se como o paradigma que busca superar positivismo normativo de cariz *kelseniano* e que, em muitos aspectos, relaciona-se com o positivismo de Hart, em que a norma *ante casum* e o silogismo para a aplicação do direito são elementos presentes e constantes nesse modelo teórico.³⁵⁴

A norma, portanto, deixa de ser apenas uma abstração, uma simples leitura do texto no papel, e passa a ser também a sua própria aplicação no caso concreto. É nesse sentido que afirma Lenio Luiz Streck, ao esclarecer que:

quando quero dizer que a norma é sempre resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. [...] O texto só exsurge na sua “normação”.³⁵⁵

Tomar uma decisão judicial justa como tão-somente realizar um silogismo a partir de um procedimento lógico-formal entre fato e norma – no sentido de texto legal – se torna defasado, pois, como exposto, e nas palavras de Georges Abboud, “não

³⁵² BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. Rev. Marcelo Granato. Prefácio de Luigi Ferrajoli. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp: Instituto Norberto Bobbio, 2016. p. 10.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=3. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁵⁴ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224-226.

existe [mais] um descobrir a norma (como se ela correspondesse à vontade da lei ou do intérprete) o que de fato existe é um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização de um caso concreto.”³⁵⁶

O que difere o positivismo exclusivista do positivismo includente é a defesa, por parte deste último, da possibilidade de se analisar o conteúdo da norma a partir de critérios de moral, ética e justiça veiculados em princípios.

Assim, os princípios deixam de ter um papel subsidiário ou supletivo e passam a ter uma centralidade no sistema jurídico. Deslocam-se também dos códigos para as Constituições.³⁵⁷

Os principais defensores desta corrente de pensamento pós-positivista, também considerados como teóricos avaliativistas, são o filósofo norte-americano John Rawls, o jurista norte-americano Ronald Dworkin e o jurista alemão Robert Alexy.

Trataremos do pensamento de John Rawls, de forma detalhada, em tópico posterior.

Dworkin, influenciado por Rawls e crítico da postura positivista de isolar o direito em relação aos valores, sustenta seu pensamento em que as normas jurídicas são divididas em regras e princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.³⁵⁸

Defende, ainda, que somente a partir da aplicação dos princípios é que se pode compreender e solucionar os denominados “hard cases”:

De acordo com Dworkin, o positivismo fornece um modelo de sistema jurídico constituído exclusivamente por regras, o que o torna insuficiente para dar conta da solução dos casos difíceis (hard cases), quando se usam standards

³⁵⁶ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 83.

³⁵⁷ O papel secundário dos princípios encontrava-se inclusive disciplinado em lei, como se verifica no art. 4º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

que operam e funcionam de maneira distinta das regras. Dworkin parte de um problema concreto para refutar a teoria positivista propugnada por Hart, que é o de que o conceito positivista de aplicação do Direito seria criticável a partir da seguinte situação: um juiz, quando não há uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando a regra aplicável é indeterminada, deve tomar uma decisão discricionária, ou seja, deve criar uma solução nova para o caso concreto.³⁵⁹

Por fim, Dworkin assume o potencial conflito entre princípios e se propõe a resolver com a dimensão de pesos diferentes:

É evidente que pode haver conflitos entre esses princípios e as necessidades práticas, mas estas não são ocasiões para compromissos eqüitativos, mas antes, se os princípios tiverem que ser desonrados, ocasiões para vergonha e pesar. [...] Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como "válido".³⁶⁰

Por seu turno, Robert Alexy busca em sua obra a reabilitação da teoria valorativa dos direitos fundamentais, não admitindo qualquer conduta ou decisão que possa soar como opressora da dignidade humana. Assim como Dworkin, Alexy também sustenta os princípios como norma jurídica:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios". Com ainda mais freqüência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta.³⁶¹

Ao também prever a possibilidade de conflito entre princípios, Alexy descreve, de forma primorosa, os pilares para superação:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um

³⁵⁹ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. p. 97.

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21 e 114.

³⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 85-86.

dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] Se o princípio P 1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P 1 , sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C -> R.³⁶²

E, por derradeiro, com o objetivo de conferir completude ao sistema por ele proposto, Alexy desenvolve o modo de aplicação dos princípios por critérios de proporcionalidade:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.³⁶³

E ainda, termina por apresentar os 3 passos a serem enfrentados em caso de sopesamento ou ponderação entre os princípios, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência - contida na definição de princípio - de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas. Isso tem pouco a ver com a idéia de "ponto máximo", e que será ilustrado com o auxílio de dois casos. O primeiro deles diz respeito à adequação. [...] Nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da idéia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. [...] Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito - a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade - expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes.

³⁶⁴

Em plena conformidade com a centralidade conferida aos princípios e ao seu papel de veículo dos valores sociais, de justiça, moral e ética, vale mencionar a relevância dada ao tema por outros juristas como Canotilho, ao definir a "natureza normogênica" dos princípios³⁶⁵, ou de Bonavides, ao qualificá-los como "norma

³⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 93 e 99.

³⁶³ Ibid., p. 116-117.

³⁶⁴ Ibid., p. 591 e 593.

³⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Alameda, 1991. p. 545 apud: BECHO, Renato Lopes. O Princípio da Igualdade no Direito Administrativo. In: FIGUEIREDO, Lucia

normarum” ou “norma das normas³⁶⁶, e ainda Gilmar Mendes ao realçar os princípios como valores.³⁶⁷

Por seu turno, embora também reconheçam a relevância dos princípios e sua relação com os valores, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos fazem um alerta aos voluntarismos:

a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.³⁶⁸

Neste ponto, após a apresentação dos elementos conformadores do pós-positivismo ou do positivismo includente, importante registrar o avanço civilizatório desta corrente filosófica ao erigir os princípios como normas jurídicas, de caráter cogente, e veiculadoras dos valores sociais, como a justiça, que é o objeto deste trabalho.

Ao superar o positivismo clássico ou excludente – em que apenas a lei seria o direito – passa a considerar como direito não apenas a regra expressa pela lei de forma fechada, mas o valor justiça presente de forma aberta nos princípios.

Princípios que deixam a localização marginal e periférica e assumem a centralidade do sistema, tanto constitucionalizados, como em codificações ou legislações esparsas. E mais. Princípios que obrigam tanto ao legislador, como ao aplicador do direito, seja ele estatal ou não-estatal.

Assumindo, portanto, com o advento do pós-positivismo e do novo constitucionalismo Pós-Guerra, que o conceito de justiça passou a ser constitucionalizado e reconhecido como norma jurídica fundante e central do sistema jurídico, adentraremos a reta final deste trabalho, etapa em que buscaremos identificar o conceito de justiça estabelecido na Constituição da República de 1988, para, em última análise, finalizarmos a reflexão entre os conceitos de justiça e mediação.

Valle (org.). **Princípios informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 48-49.

³⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 349.

6.4 Constituição da República de 1988 e a constitucionalização do conceito de justiça

Com o objeto de analisar o conceito constitucionalizado de justiça, adotaremos, como fundamento filosófico, o conceito de justiça desenvolvido por John Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, a partir da observação inicial ao comparar a relevância da justiça para as instituições sociais com a verdade para os sistemas de pensamento, “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.”³⁶⁹

Logo no início de seu monumental estudo sobre a justiça, Rawls delimita seu objeto:

Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.³⁷⁰

Ao desenvolver a concepção de sua teoria de justiça como equidade (“fairness”), John Rawls, de forma inovadora, defende que:

[...] na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos com uma condição primitiva de cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir uma certa concepção de justiça.³⁷¹

Para Rawls, com visão contratualista, uma sociedade será mais justa, se respeitar a liberdade e a igualdade, assim, ao se aplicarem os dois princípios na estrutura básica da sociedade, o autor explica que tomamos a posição de certos indivíduos representativos e consideramos qual a visão que eles têm do sistema social. Além disso, afirma que “[o] objeto primeiro da justiça [...] é a estrutura básica da sociedade. A razão para isso é que seus efeitos são muito profundos e penetrantes,

³⁶⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

³⁷⁰ Ibid., p. 7/8

³⁷¹ Ibid., p. 13.

e presentes desde o início”³⁷², e essa mencionada estrutura implica benefícios de cooperação social, afinal, são estas as desigualdades que os dois princípios devem regular.

E, desse modo, busca definir a aplicação de sua teoria sobre a justiça, ao dizer:

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupada em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.³⁷³

Ao partir da premissa metodológica da posição original, Rawls aprofunda sua concepção sobre sociedade justa, sob inspiração do imperativo categórico kantiano, valendo-se para tanto da alegoria do véu da ignorância:

A ideia de posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.³⁷⁴

Para Rawls, a partir do uso do véu da ignorância haveria um ponto de partida fundado na igualdade e absolutamente imparcial:

Ora, as razões para recorrermos ao véu de ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrarias. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com seu poder de ameaçar não é um princípio de justiça. Para que a posição original gere acordos justos, as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias da posição contratual inicial.³⁷⁵

³⁷² Ibid., p. 101.

³⁷³ Ibid., p. 12.

³⁷⁴ Ibid., p. 146/7.

³⁷⁵ Ibid., p. 152.

E, a partir da posição original sob o véu da ignorância, as pessoas adotariam dois princípios fundamentais, assim expostos por Rawls como primeira afirmação sobre os mesmos:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.³⁷⁶

Em sua teoria sobre a justiça, que pressupõe a democracia, Rawls portanto sustenta que uma sociedade justa deverá respeitar a garantia das liberdades fundamentais para todos, com igualdade de oportunidades, admitindo-se as desigualdades apenas para favorecer os mais desfavorecidos.

E, neste ponto, Rawls sustenta que, que a um só tempo, as existentes desigualdades sociais e econômicas deverão observar: (i) o princípio da diferença – que significa considerar a vantajosidade para todos, desde que no limite do que compreenda como razoável e o (ii) princípio da igualdade de oportunidades – consistente na acessibilidade indistinta a todos, aos cargos e posições.

Em arremate, Rawls esclarece, de forma ilustrativa e didática, como tratar a diferença:

em uma estrutura básica com n representantes relevantes, primeiro maximizar o bem-estar do homem representativo em pior situação: segundo, para obter igual bem-estar do representante em pior condição, maximizar o bem-estar do homem representativo cuja posição desfavorecida vem logo após a do primeiro; e assim por diante até o último estágio que é, para obter igual bem-estar de todos os representantes que precedem n-1, maximizar o bem-estar do homem representativo na melhor situação.³⁷⁷

Estabelecido, portanto, como critério metodológico, a adoção do conceito de justiça a partir das premissas sustentadas por John Rawls, que podemos considerar como um teórico avaliativo-procedimental, de matiz própria, buscaremos compreender o conceito de justiça, constitucionalizado pela Constituição de 1988.

O objeto de análise recairá sobre o âmbito material do conceito de justiça, ou seja, sobre o conteúdo do qualificado pela Constituição como justo, tanto para o indivíduo, como para sociedade. E, deixaremos, em tópico específico sobre mediação

³⁷⁶ Ibid., p.64.

³⁷⁷ Ibid., p. 88.

e justiça, a análise sobre os modelos de concreção da justiça em nosso texto constitucional.

Com efeito, a fim de se examinar a essência de uma constituição, Ferdinand Lassalle adverte que as relações de poder, em uma dada sociedade, compõem o enredo de um texto constitucional:

Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.³⁷⁸

De fato, a fim de identificarmos o conteúdo do conceito constitucionalizado de justiça, impende lembrar, em primeiro lugar, qual a realidade político-social brasileira no momento da promulgação do texto constitucional.

A Constituição da República de 1988 situa-se na mesma categoria das constituições surgidas no Pós-Guerra: foi elaborada como resultado da transição de regime de exceção para o regime democrático.

Marca a reconquista da democracia constitucional após 21 anos do golpe militar instituído em 31 de março de 1964, com a retirada ilegal do Presidente João Goulart da chefia do Poder Executivo Federal, em que vigorou um regime de exceção, sem eleições diretas à Presidência, com limitação aos direitos e liberdades fundamentais, perseguição política, prisões infundadas, desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores, além de episódios de fechamento do Congresso Nacional, cassação de mandatos eletivos e aposentadoria compulsória de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A promulgação da Constituição da República de 1988 revogou a Constituição de 1967, reformada pela Emenda Constitucional n. 01 de 1969, bem como os inúmeros Atos Institucionais baixados pelo regime de exceção, como bem aponta o Relatório da Comissão Nacional da Verdade.³⁷⁹

Neste contexto, a Constituição de 1988 está inserida no movimento da constitucionalização dos valores democráticos, de justiça e dos direitos fundamentais, oriundo do Pós-Guerra, sendo possível situá-la ao lado das Constituições pós-

³⁷⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

³⁷⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, DF: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

ditatoriais da América Latina, todas revestidas das mesmas características de rigidez, de independência dos poderes, do bloco de direitos e garantias fundamentais e de positivação de princípios veiculadores de valores sociais, como justiça, moral e ética.

Feito este breve apanhado histórico, é o momento de analisarmos o conceito constitucionalizado de justiça. De início, oportuno registrar que não há nenhum conceito expresso e literal de justiça em um único dispositivo constitucional.

Também importante realçar, de outro lado, que não iremos abordar um conceito subjetivo de justiça, mas sim um conceito posto que se extrai da análise de regras e princípios insertos na Constituição de 1988.

Ao se debruçarem sobre qual o conteúdo versado pelos princípios constitucionais, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos enfatizam:

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução de desigualdades regionais são fins públicos.³⁸⁰

Assim, a nosso juízo, as regras e princípios constitucionais indicam a influência do modelo aristotélico-tomista de justiça, acrescido de uma intensa relação com dois princípios fundantes da república brasileira: o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, Tomás de Aquino retoma o pensamento aristotélico para afirmar a função da justiça como distribuição equitativa:

as inúmeras classificações do *ius* ou do *iustum* apresentadas por São Tomás de Aquino representam a fusão da conceituação dada pelos juriconsultos romanos e daquela dada por Aristóteles (*Ethica Nicomachea*, livro V), esta última sempre presente e muito influente sobre o pensamento tomasiano em função de seu comprometimento com a filosofia peripatética [...]. Nos esforços de conciliação das concepções filosófica grega e jurídica romana, o Doutor Angélico acaba por elaborar não apenas uma conceituação eclética a partir da mera fusão de ambas, mas uma teoria própria, na qual se congregam elementos da filosofia, da metafísica e do Direito, sem que se perca a noção da realidade e da imperiosa necessidade de efetivação da Justiça. E para esta concepção, a Justiça é uma virtude cardeal, e sua função consiste em dar a cada um o que é seu.³⁸¹³⁸²

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 340-341.

³⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e Justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 93, 1998. p. 345-346. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁸² Na mesma esteira, Agostinho de Hipona afirma que a justiça é a virtude pela qual se aplica o “dar a cada um o que é seu”, com base na prudência frente às vicissitudes da realidade: “Agostinho define

Nessa linha de raciocínio, não seria exagerado concluirmos que a Constituição de 1988 consagra o que podemos denominar de um conceito democrático-humanista de justiça. Mas o que compreenderia tal conceito?

Para conseguirmos avançar no conceito de justiça, em seu aspecto material, a partir da Constituição de 1988, faz-se necessário compreender o conteúdo dos princípios democrático e da dignidade da pessoa humana.

Ao apreciar o conteúdo normativo do princípio democrático, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta “que [este] é mais do que método ou técnica de os governados escolherem seus governantes”, e acrescenta, “como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade.”³⁸³ No mesmo sentido, afirma:

O **Estado constitucional** é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. [...] Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.³⁸⁴

José Afonso da Silva, por seu turno, destaca a relevância deste mesmo “princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º).”³⁸⁵

Afirma, ainda, que a democracia é uma sucessão de proteções jurídicas, ou seja, esta forma democrática configura um “governo do povo, pelo povo e para o

a prudência como o conhecimento das verdades que se devem desejar e as que se devem evitar; a fortaleza como um estado de alma pelo qual desprezamos os incômodos e a perda das realidades que não podemos controlar; a temperança como a repressão dos desejos indecorosos, e a justiça como a virtude pela qual se desenvolve a capacidade de dar a cada um o que lhe compete”. VAHL, Matheus J. **Iustitia et Misericordiae**: o conceito de justiça na obra de Santo Agostinho. Tese (Doutorado em Filosofia) Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019. p. 90. Disponível em: http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/5520/1/MATHEUS%20JESKE%20VAHL_Tese.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 415.

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed, 11. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 100.

³⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 12.

povo”, que “aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante.”³⁸⁶

Também nessa esteira, ensina Dalmo Dallari que um dos mais relevantes motivos de crise do Estado contemporâneo é que o ser humano se viu preso a ideias de séculos anteriores no que se refere aos objetivos de um Estado Democrático, o que nos conduziu à criação de um conceito que realizasse, em forma de mandamento de otimização, a maior proteção possível aos direitos fundamentais:

A necessidade de eliminar o absolutismo dos monarcas, que sufocava a liberdade dos indivíduos, e mantinha em situação de privilégio uma nobreza ociosa e negava segurança e estímulo às atividades econômicas, levou a uma concepção individualista da sociedade e do Estado. A aspiração máxima era a realização de valores individuais, e para isso considerou-se indispensável conter o poder político através da própria estruturação de seus organismos. Procurou-se, então, impor ao Estado um mecanismo de contenção do poder, destinado a assegurar um mínimo de ação estatal, deixando aos próprios indivíduos a tarefa de promoção de seus interesses.³⁸⁷

Com efeito, ao consagrar o princípio democrático como um dos seus pilares fundantes, o texto constitucional carrega o conteúdo democrático para o conceito de justiça, assim como a observância às regras procedimentais da democracia.

Superada a análise sobre o conteúdo do princípio democrático, passemos à dignidade da pessoa humana.

Ao versar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina Luís Roberto Barroso que:

[...] o princípio da dignidade humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.³⁸⁸

André de Carvalho Ramos, no mesmo sentido, afirma que

a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Trata-se de atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando nacionalidade, opção

³⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 134.

³⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 299.

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253.

política, orientação sexual, credo, entre outros fatores de distinção. Novamente, esse fundamento da República converge para a proteção de direitos humanos, que é indispensável para o Estado Democrático de Direito brasileiro.³⁸⁹

De igual modo é possível inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana agrega ao conceito de justiça, tanto a promoção como a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, considerando, a um só tempo, a justiça interpessoal, como também a justiça social.

Assim, tendo como premissa filosófica o conceito de justiça em John Rawls, em que uma sociedade para ser justa deve observância à liberdade e à igualdade, a grosso modo, ao analisarmos a Constituição da República de 1988, a partir dos princípios democrático e da dignidade da pessoa humana, podemos elencar os elementos que compõem o conceito democrático-humanista de justiça, consagrado pelo texto constitucional, e que, portanto, devem ser observados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art.3º, I):

- a) quanto ao elemento pessoal – o conceito de justiça abarca a justiça interpessoal e a justiça social;

Sem sombra de dúvidas, o conteúdo do que seja justiça é aplicável a toda gama de relações, considerando tanto as relações entre particulares, de natureza privada, como as relações com a sociedade, de caráter público. Em outras palavras, não é possível nenhum tipo de relação humana que não possa ser analisada sob o prisma do conceito de justiça.

- b) quanto ao elemento democrático – a partir da aplicação do princípio democrático em sentido estrito³⁹⁰, integram o conceito de justiça o respeito pelo pluralismo político, a tripartição e independência entre os poderes, a representação política em eleições periódicas, livres, com sufrágio universal e voto secreto, a participação política, o direito de votar, ser votado e integrar o governo.

³⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 450.

³⁹⁰ A escolha por denominar em sentido estrito, deve-se ao fato de, em sentido amplo, também considerarmos que integra o princípio democrático o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Apenas por opção metodológica, trataremos do tema junto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, violam o conceito democrático de justiça quaisquer práticas e comportamentos autoritários, que busquem restringir o pluralismo político, as liberdades e os direitos políticos e o exercício independente dos poderes, assim como impor obstáculos à realização de eleições e dificultar a participação popular e a fiscalização dos atos do governo.

- c) quanto ao elemento humanista - como decorrência do conteúdo extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, integram o conceito de justiça a observância da liberdade, da igualdade, da autonomia da vontade, da manutenção da paz, do bem-estar, da solidariedade e dos direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo os oriundos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Desse modo, a contrário senso, não compõem o conceito de justiça os comportamentos que não combatam as desigualdades sociais, a fome e a pobreza, assim como as práticas de conteúdo racista, homofóbico, machista, sexista, preconceituosa e discriminatória, de qualquer tipo, que ofendam as liberdades de opinião, manifestação, de religião ou crença, de associação e que também se contraponham ao exercício dos direitos individuais, civis, políticos e judiciais, assim como os direitos econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos.

Neste ponto, a partir dos elementos expostos e da interpretação das regras e princípios vigentes na Constituição da República de 1988, consideramos percorrido o trajeto para a formulação do conceito constitucionalizado de justiça.

Portanto, à guisa de conclusão, em nossa compreensão, o conceito de justiça consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido por direito, de acordo com a igualdade entre todos e assegurada a liberdade, tanto na esfera das relações intersubjetivas, como nas relações com a sociedade, respeitados os princípios democrático e da dignidade da pessoa humana e observados os direitos humanos e

liberdades fundamentais, inclusive aqueles decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

CAPÍTULO 7: MEDIAÇÃO: UMA NOVA JUSTIÇA?

7.1 Democracia, justiça e mediação

Viver significa viver em conflito. Basta existirmos para nos darmos conta que temos nossos próprios conflitos internos a respeito do sentido do “eu”, como profundamente estudado por Freud, dentre outros.

A partir da convivência deste “eu” com qualquer outra pessoa, tem-se inexoravelmente o conflito externo, pois sempre haverá generosidade restrita humana de um lado e escassez de recursos da natureza de outro, como afirma David Hume³⁹¹.

Sendo assim, somos obrigados a lidar com os conflitos, já que a convivência em sociedade é um dado e uma realidade da qual não temos como renunciar. Acresça-se, ainda, que diante da enorme complexidade da sociedade contemporânea, dotada de indiscutível pluralismo de identidades e desejos, os conflitos tendem a se avolumar ainda mais.

Neste ponto, podemos notar que democracia, justiça e mediação têm no conflito a sua matéria-prima como objeto de atuação, ou seja, partem da existência do conflito para desenvolver sua atuação.

A democracia, para Norberto Bobbio, é a convivência de grupos sociais distintos, em conflito, com processos decisórios que objetivem a pacificação. Precisa a lembrança de Gabriel Vitullo e Davide Scavo sobre o pensamento do jusfilósofo: “A democracia moderna, para Bobbio, diz respeito, apenas, a uma questão de procedimentos.”³⁹²

A teoria democrática bobbiana se apresenta como um remédio frente aos males da burocracia e aos temores do “excesso de participação”, garantindo a formação de diferentes oligarquias em concorrência entre si, que poderão administrar a sociedade situando-se acima “dos interesses meramente egoístas”. Uma democracia mínima, afastada do povo, antagônica ao seu legado originário como sociedade centrípeta, em que o poder estaria nas mãos das classes subalternas, para passar a orientar-se por uma matriz supostamente centrífuga, com múltiplos poderes concorrentes, o que para Bobbio constitui a melhor das opções possíveis.³⁹³

³⁹¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2009.

³⁹² VITULLO, Gabriel; SCAVO, Davide. O liberalismo e a definição bobbiana de democracia: elementos para uma análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**, Brasília, DF, n. 13, abr. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000100004. Acesso em: 05 jan. 2021.

³⁹³ Ibid.

É o que Bobbio intitula procedimentalismo democrático, de influência kelseniana, considerado conteudista, pois a democracia liberal seria a única forma de democracia moderna, por veicular em sua estrutura normas assecuratórias das liberdades civis e políticas e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, com uma postura de profundo desprezo ao pluralismo democrático, o autoritarismo expressa em sua essência a preocupação em alcançar a homogeneidade do pensamento, não considerando como naturais os conflitos sociais, as divergências de interesses e os embates políticos.³⁹⁴

Como lembra Pedro Serrano, a sociedade schmittiana deve ser uma, com identificação carismática com seu líder, um “sentimento de pertencimento que torna a relação factível e fortalece os vínculos culturais deste povo, tornando-o forte e homogêneo.”³⁹⁵ O ser humano que não faz parte dessa massa homogênea é decretado inimigo, perde sua humanidade, seu caráter de pessoa, e um terreno comum no qual se chegaria a consensos respeitosos inexistente. É o que denota Gilberto Bercovici:

O fundamento da democracia na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é política, portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo.³⁹⁶

Em sua obra *Hegemony and socialist strategy*, Chantal Mouffe e Ernesto Laclau defendem que o antagonismo social faz parte de um contexto pós-estruturalista conhecido como teoria do discurso político.³⁹⁷ Esta teoria tem como finalidade elencar ferramentas teóricas para descrição de fenômenos sociopolíticos, uma vez que o discurso possui papel central na resolução de conflitos numa democracia.

³⁹⁴ Este posicionamento teórico é perceptível em autores como Carl Schmitt.

³⁹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016. p. 47.

³⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p. 79.

³⁹⁷ MOUFFE, Chantal; LACLAU, Ernesto. **Hegemony & socialist strategy**: towards a radical democratic politics. 1st ed. London/New York: Verso, 1989.

Tratar aquele com o qual se tem um conflito como inimigo, com redução de sua condição de igualdade e de pessoa igualmente digna, significa conferir tratamento antagônico aos conflitos sociais.

Ao reconhecer a existência de conflitos e de dissensos, Chantal Mouffe formula proposta de modelo agonístico para a democracia, afirmando que

[...] abrir caminho para o dissenso e promover as instituições em que possa ser manifestado é vital para uma democracia pluralista e deve-se abandonar a própria ideia segundo a qual poderia haver um tempo em que pudesse deixar de ser necessário, pois que a sociedade seria a tal ponto bem-ordenada. Uma abordagem “agonística” reconhece os limites reais de tais fronteiras e as formas de exclusão que delas decorre, ao invés de disfarçá-las sob o véu da racionalidade e da moralidade.³⁹⁸

Aqui vale a pena a observação feita por Judith Butler, ao afirmar que:

[...] a própria noção de ‘diálogo’ é culturalmente específica e historicamente delimitada, e mesmo que uma das partes esteja certa de que a conversação está ocorrendo, a outra pode estar certa de que não.

Acrescenta ainda, que:

Deve-se, então, questionar, antes de tudo, as relações de poder que condicionam e limitam as possibilidades dialógicas. Pois, do contrário, o uso do diálogo como base para administração de conflitos e produção de justiça corre o risco de degenerar em um liberalismo que pressupõe que os diversos agentes do discurso ocupam posições de poder iguais e falam apoiados nas mesmas pressuposições sobre o que constitui o “acordo” e a “unidade”.³⁹⁹

O Estado que se pretende democrático, nesse sentido, necessita adotar o diálogo como método de resolução dos seus naturais conflitos sociais e do dissenso entre os grupos, pois o antagonismo não colabora com a efetivação da justiça.

Ao adentrarmos o tema da justiça, lembra Miguel Reale que

[...] a justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história.⁴⁰⁰

Portanto, é também pelo diálogo que a justiça, nas democracias, emerge como valor concretizado, pois a resolução do conflito é fruto de um processo dialético de argumentação e contra-argumentação entre as partes conflitantes em condição de igualdade procedimental.

³⁹⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, jun. 2006. p. 176.

³⁹⁹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 35.

⁴⁰⁰ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377.

Daí decorre, a função estatal de realizar a justiça em concreto, que no dizer de Alexandre Moraes, “ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.”⁴⁰¹

Ao aprofundar o tema sobre a atuação jurisdicional, Cássio Scarpinella Bueno esclarece que o Estado-Juiz

[...] é vocacionado à resolução de controvérsias intersubjetivas sempre que outros meios não estatais ou não jurisdicionais para aquele mesmo fim não atuarem a contento, não forem possíveis, ou, ainda, quando os interessados assim entendam ser necessário, independentemente de qualquer outra providência.⁴⁰²

Assim como a democracia e a justiça, também a mediação tem o conflito como seu objeto de atuação. Para Elizabeth Haimenis e Fernando Antônio Fernandes,

a mediação atua na desconstrução do conflito, por meio da despolarização da relação (desapego das posições antagônicas), estimulando a cooperação e explorando a ideia de que diferentes perspectivas podem ser complementares - não necessariamente excludentes, proporcionando uma maior gama de soluções.⁴⁰³

Antoine Garapon, em sua análise, realça a importância de buscar a maior proximidade entre as partes em um conflito:

As novas formas de justiça têm em comum o fato de atribuírem uma grande importância ao contato entre as partes, com o sentimento delas, é claro. O quadro é especial: seguramente ele é mais flexível que o procedimento jurídico, mas não é por isso totalmente informal. Contra a burocracia e as filas, o contato pessoal oferece todas as vantagens. Os protocolos insistem na necessidade de reunir todas as partes envolvidas.⁴⁰⁴

A mediação, que se utiliza do diálogo como método primordial de solução dos conflitos, coaduna-se com a convivência democrática preconizada pela Constituição da República.

Nesse sentido, também afirma com veemência Jean-François Six que a “mediação evoca um código ternário (e isso também testemunha sobre sua natureza

⁴⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 503

⁴⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117-118.

⁴⁰³ HAIMENIS, Elizabeth e FERNANDES. Alguns aportes da Filosofia e da negociação para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019. p. 222

⁴⁰⁴ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 230.

singular), diferente daquele em que opera a justiça tradicional, este binário, em que necessariamente haverá vencedores e perdedores.”⁴⁰⁵

Portanto, após o exame do tratamento dos conflitos pela democracia, pela justiça e pela mediação, com suas similaridades e suas distinções, ingressaremos no estudo da mediação como método da justiça do diálogo.

7.2 Justiça Adjudicatória, Justiça do Diálogo e Mediação

Como já expusemos anteriormente, afirmamos nosso compromisso teórico-filosófico com o conceito de justiça sustentado por John Rawls, e, em segundo momento buscamos extrair da Constituição da República de 1988 um conceito material de justiça, ora aqui lembrado como:

[...] justiça consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido por direito, de acordo com a igualdade entre todos e assegurada a liberdade, tanto na esfera das relações intersubjetivas, como nas relações com a sociedade, respeitados os princípios democrático e da dignidade da pessoa humana, e observados os direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive aqueles decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

A partir do conceito traçado, que versa sobre o conteúdo de justiça, é preciso retomar a questão: qual o papel da mediação em relação à justiça?

Em outras palavras: a mediação integra ou se encontra contemplada pelo conceito material de justiça? Seria a mediação uma forma ou modalidade de concreção da justiça?

Parece-nos adequado, neste momento, um breve retorno ao tema do acesso à justiça, para compreender sua relação com a mediação. Ao se referir a primordialidade do acesso à justiça para a efetividade de direitos, Maria Tereza Sadek enfatiza:

Para a efetividade de todos os direitos, sejam eles individuais ou supra-individuais, de primeira, de segunda ou de terceira geração, o acesso à justiça é requisito fundamental, é condição *sine qua non*. Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ SIX, Jean-François. **Le temps des médiateurs**. Paris: SEUIL, 1990. p. 165.

⁴⁰⁶ SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. *In*: SADEK; Maria Tereza (org.) **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 274.

É possível depreender da lição de José Roberto Bedaque que acesso à justiça, é, em verdade, acesso à ordem jurídica justa.

Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelador em conformidade com as garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, giusto.⁴⁰⁷

De forma absolutamente contundente e cristalina, Ada Grinover defende que acesso à justiça é conceito mais amplo que acesso ao Poder Judiciário, ao enfatizar que:

[...] o efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social. Isso vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.⁴⁰⁸

Kazuo Watanabe, que foi o pioneiro a cunhar a expressão “ordem jurídica justa”, realça a importância do princípio da adequação ao se referir ao acesso à justiça:

[...] quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que 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.⁴⁰⁹

Certamente dos maiores estudiosos do tema no mundo, Cappelletti e Garth, compreendem que os métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, integram o acesso à justiça, que por sua vez, agrega um componente social ao Estado de Direito, como:

[...] uma filosofia para a qual os pobres fazem jus a representação e informação, [...] enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça equitativa e mais acessível⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

⁴⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018. p. 75.

⁴⁰⁹ WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22). p. 46. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1988. p. 96-98.

Assim, como visto, é possível concluir que o acesso à justiça, como conceito, também abarca os métodos consensuais de resolução de conflitos para além do aparato judicial, como sendo corolários de uma sociedade democrática e que tem como valor principal a efetivação da justiça, à luz da teoria rawlsiana.

Ao nos depararmos novamente com o exame da Constituição da República de 1988, também se extrai de seus dispositivos, de forma direta e literal, a relevância dos meios consensuais de solução de conflitos, desde o preâmbulo ao descrever como objetivo a instituição de “um Estado Democrático [...] de uma sociedade fraterna comprometida com a solução pacífica das controvérsias”, logo após reiterado dentre os princípios das relações internacionais que regem o Estado brasileiro (art. 4º, VII, CF/88).

Desse modo, pelo trajeto até aqui percorrido, compreendemos que a mediação e os meios consensuais de solução de conflitos integram o conceito material de acesso à justiça, ao mesmo tempo que se encontram devidamente consagrados pelo texto da Constituição da República de 1988.

Possível inferir também que acesso à justiça significa conferir os meios e métodos de acessibilidade para a concreção do conteúdo de justiça, a partir do seu conceito material constitucionalizado.

Exatamente neste ponto, a nosso juízo, podemos sustentar que o sistema constitucional brasileiro consagra duas modalidades de concreção da justiça: o modelo adjudicatório e o modelo de diálogo, que denominaremos, respectivamente, justiça adjudicatória e justiça do diálogo, cujos elementos identificadores passaremos a distinguir.

Justiça adjudicatória consiste a modalidade de concreção de justiça que atribui o que é justo em um determinado conflito, a partir de uma decisão proferida por um ente estatal ou arbitral, em um procedimento fundado no princípio do contraditório e ampla defesa. Identificamos os seguintes elementos:

- a) caráter adjudicatório da decisão – ou seja, proferida a decisão em caráter definitivo, é de observância obrigatória e compulsória pelas partes;
- b) verticalidade – a autoridade decisória (estatal ou arbitral) encontra-se em relação de verticalidade com as partes e não de igualdade;
- c) poder decisório – o poder de decidir sobre o conflito encontra-se atribuído à autoridade estatal ou arbitral;

- d) autonomia da vontade – em geral, a vontade das partes é colidente entre si, e a decisão de resolução do conflito será adjudicada por um terceiro, independentemente da vontade as mesmas.

Por outro lado, justiça do diálogo compreende a modalidade de concreção da justiça em que as próprias partes decidem o que é justo para a resolução do conflito, dentro de um procedimento dialógico e negocial facilitado por um terceiro (mediador), com os seguintes elementos identificadores:

- a) caráter consensual da decisão – a decisão é formulada por consenso, em diálogo entre as partes, não havendo nenhuma decisão proferida por um terceiro;
- b) horizontalidade – a relação entre o terceiro que conduz o procedimento e as partes em conflito é horizontal, em patamar de igualdade e não inferioridade;
- c) poder decisório – o poder de decisão sobre o conflito é exclusivamente das partes e de ninguém mais;
- d) autonomia da vontade – a resolução do conflito é condicionada à autonomia da vontade das partes, que podem inclusive livremente decidir sobre a totalidade ou a parte do conflito, ou até não decidir.

Com efeito, não compreendemos a mediação como o único método de justiça dialógica: entendemos que a definição abarca todos os meios consensuais de solução de conflitos, tenham ou não a atuação de um terceiro imparcial.

A nosso juízo, faz-se necessária a classificação adotada, porque diante da natureza absolutamente distinta dos conflitos, procedimentos igualmente diferentes serão mais úteis, adequados e eficientes para a concreção do que seja justo. Há situações, por exemplo, que a natureza do conflito imporá a solução via justiça adjudicatória, como a prática de um crime de homicídio, ao passo que a grande maioria dos conflitos poderá ser submetida à justiça do diálogo, em busca de uma solução consensuada.

Por derradeiro, Ada Grinover alerta não ser

[...] qualquer tutela que serve: a tutela deve ser justa, efetiva e adequada. Justa, na medida em que dê razão a quem tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. Efetiva, porque o direito ou interesse, objeto de tutela deve poder ser realmente fruído. Adequada, porque a

efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito.⁴¹¹

Em nosso último capítulo, ao tratarmos sobre a efetividade da mediação no Brasil, também abordaremos a justiça do diálogo como sendo a mais consentânea com o princípio democrático.

⁴¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018. p. 34.

CAPÍTULO 8: A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

8.1 Impacto da Lei de Mediação

Em um movimento de incentivo à cultura do consenso, potencializado pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), pode-se dizer que a mediação passa a integrar o direito posto e o conceito de justiça, sendo classificada sob a denominação de justiça do diálogo, compreendida como uma espécie de modalidade de concreção da justiça, como defendido no capítulo anterior.

A introdução da cultura do consenso não implica apenas a busca pela redução do alto grau de litigiosidade e da morosidade jurisdicional, mas principalmente fornecer meios para a promoção de pacificação social e intensificar o exercício da cidadania e a prática da democracia participativa, alinhando-se, assim, aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e em sintonia com o próprio preâmbulo do texto constitucional, que nos declara como sendo uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica dos conflitos.

A Lei da Mediação também diminuiu o descompasso do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao mundo, viabilizando o que é conhecido como Sistema [de Justiça] Multiportas ou Tribunal Multiportas, inspirado no conceito americano *Multi-Door Couthouse System*⁴¹².

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, e a juíza Gláucia Falsarella Folley, do Tribunal do Justiça do Distrito Federal, já pugnavam por esta mudança no sistema de justiça em 2008, ao defenderem a viabilização “de múltiplas portas que possam gerar um choque de eficiência judiciária” e que a construção deste caminho tenha capacidade de levar ao “abrandamento dos conflitos existenciais e sociais, com a utilização do verdadeiro instrumento e agente da transformação - o diálogo conduzido pelo mediador - no lugar da sentença que corta a carne viva.”⁴¹³

⁴¹² Como vimos ao longo deste trabalho, a mediação já integrava o sistema jurídico e era uma prática consolidada e de sucesso, nos Estados Unidos, em vários países da Europa e também da América do Sul, como a Argentina.

⁴¹³ ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso, **Folha de São Paulo**, 24 jun. 2008. Tendências e Debates. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2406200808.htm>. Acesso em: 31 de jan. de 2021.

Em quase 6 anos de vigência da lei, é possível verificar a conquista de importantes avanços desta nova modalidade de se concretizar a justiça. O primeiro avanço significativo foi o de conferir segurança jurídica aos acordos e termos de transação oriundos de procedimentos de mediação.

Isto porque, com a aprovação da lei, os acordos firmados passam a ter natureza jurídica de título executivo extrajudicial e, uma vez submetidos à homologação judicial, revestem-se da natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

O segundo grande avanço pode ser sentido em relação ao Poder Judiciário, com a proliferação da estruturação e implantação de NUPEMECS e CEJUSCS.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os CEJUSCs se originaram de experiências anteriores, entre elas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984), posteriormente aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), mas foram formalmente criados a partir da Resolução nº 125/2010, juntamente com os NUPEMECS.

Os NUPEMECS e os CEJUSCS são considerados “as células chaves” da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado à Solução de Controvérsias, por serem os responsáveis, dentro dos órgãos jurisdicionais, tanto pela formulação da política pública de justiça, como pela realização das sessões de conciliação. Outro enorme avanço foi começar a mensurar o número de acordos, criando para tanto um indicador nacional de conciliação e mediação.

Segundo o Justiça em Números de 2020,⁴¹⁴ a Justiça Estadual passou de 362 unidades em 2014 para 1088 CEJUSCs no ano de 2018 e 1284 em 2019. A partir de 2016, passou a integrar o Justiça em Números do CNJ, um índice que representa o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo, abarcando, sob o mesmo índice, conciliação e homologação.

Ainda no relatório de 2020 (ano-base 2019), em média, apenas 6,3% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo, ocorrendo nos juizados especiais os maiores números de acordos, apesar da previsão legal do Código de Processo Civil de 2015 de tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação.

⁴¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília, DF: CNJ, 2020. p. 171. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

De acordo com o CNJ, o índice de conciliação (que, infelizmente, reúne acordos oriundos tanto de conciliações, quanto de mediações) ficou em 11% na Justiça Estadual. Em 2019, 12,5% dos julgados foram por meio de sentenças homologatórias de acordo, o que demonstra redução pelo terceiro ano consecutivo. Na execução, as sentenças homologatórias de acordo foram em 2019 de 6,1%, e, na fase de conhecimento, de 19,6%.

Vale mencionar que, em 2018, o CNJ lançou o programa Resolve, que conta com 4 eixos centrais que versam sobre os tópicos mais complexos e volumosos que tramitam no Judiciário: o Resolve Poupança - Planos Econômicos (específico para questões relativas aos Planos Econômicos do final da década de 80 e início de 90), o Resolve Métodos Consensuais eletrônicos (para o desenvolvimento de solução de tecnologia da informação que viabilize os métodos consensuais em versão eletrônica), o Resolve Previdenciário (para o estabelecimento de parâmetros uniformes para tratamento das causas relativas aos benefícios por incapacidade nas Justiças Federal e Estadual), e o Resolve Execução Fiscal – Automação e Governança (para a implementação de medidas de automação e governança com base em diagnóstico elaborado por magistrados atuantes na área).

Segundo o CNJ, o programa tem por objetivo:

[...] a realização de projetos e de ações que incentivem a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação; além da classificação dos CEJUSCs no conceito de unidade judiciária, pela edição da Resolução CNJ nº 219/2016.⁴¹⁵

Houve melhora, portanto, a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, na avaliação do CNJ, a partir da obrigatoriedade de realização de audiência prévia de conciliação e mediação. O Justiça em Números de 2020 narra que “Em três anos, o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%).”⁴¹⁶

Vale ressaltar que os índices de conciliação do CNJ (que, lembrando, reúnem sob mesmo signo acordos resultantes de conciliação e mediação) não incluem

⁴¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Resolve**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/programa-resolve/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília, DF: CNJ, 2020. p. 171. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

procedimentos pré-processuais (inquéritos, reclamação pré-processual, termos circunstanciados, cartas precatórias, precatórios, requisições de pequeno valor, entre outros) ou outras classes processuais além das detalhadas (Justiça Estadual, Federal, Trabalhista, Militar, Eleitoral, Tribunais Superiores). Mesmo a Justiça do Trabalho, que rotineiramente possui os maiores índices de conciliação, apresentou redução, passando de 23,7% para 22,8% em 2019.

Outro enorme avanço em prol da cultura do consenso, também como um dos efeitos da Lei de Mediação, foi a aprovação de novas diretrizes curriculares para os cursos de Direito pelo Conselho Nacional de Educação.

Em dezembro de 2018, através da Resolução CNE/CES nº 5/2018, oriunda do Parecer nº 635/2018, homologado pela Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação, as disciplinas que versam sobre conciliação, mediação, negociação e arbitragem passaram a ser matérias obrigatórias nas grades curriculares dos cursos de Direito no Brasil.

Considerando que o Brasil possui mais de 1.300 cursos de Direito, superior a qualquer outro país do mundo, contando atualmente com mais de 1 milhão de estudantes matriculados nestes cursos, a inclusão de disciplina obrigatória dedicada aos métodos consensuais de solução de conflitos, mostra a clara disposição de apoio à implantação da lei de mediação e de regular a implementação da cultura do consenso dentro da formação jurídica em nosso país, de forma absolutamente inovadora e inédita.

Também vale registrar, como importante avanço, o diálogo interinstitucional entre CNJ e do Ministério da Justiça, para disseminação de formação de mediadores. De acordo com a lei,⁴¹⁷ cabe aos dois órgãos, conjuntamente, disciplinarem os requisitos mínimos a serem exigidos para a capacitação dos mediadores judiciais no país inteiro.

Com este importante dispositivo legal, já posto em prática por CNJ e MJ, buscase assegurar qualidade e uniformidade na capacitação dos mediadores, tanto em relação à formação teórica, como ao estágio supervisionado, como fundamento para

⁴¹⁷ Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

o desempenho de uma política pública eficiente de prestação de serviço de mediação judicial.

Outro relevante avanço observado a partir da vigência da Lei de Mediação, foi o surgimento de inúmeras iniciativas legislativas e administrativas em prol da possibilidade de autocomposição dos conflitos no âmbito da administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal.

No âmbito de legislação federal, por exemplo, a Lei nº 13.867/2019, alterou o antigo Decreto-Lei nº 3.365/1941, para possibilitar a mediação ou a arbitragem na definição de valores de indenização para as desapropriações por utilidade pública, a Lei 14.112/20, que alterou a Lei das Recuperações e Falências permitindo conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial e a nova Lei de Licitações, a Lei n. 14.133/21, destinando capítulo específico aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos⁴¹⁸.

No âmbito estadual, também como exemplos de boas práticas, a Lei Complementar 144 de 2018 do Estado de Goiás que institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) e estabelece medidas para a redução da litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário; a Lei nº 14.794 do Rio Grande do Sul que instituiu o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação.

No âmbito municipal, em caráter exemplificativo, a capital paulista conta com a Lei nº 16.873/18, que reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo, e a Lei nº 17.324/19, que institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta, que visa reduzir a litigiosidade e promover a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos.

⁴¹⁸ CAPÍTULO XII - DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade. Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Merece referência a iniciativa inovadora da Advocacia Geral da União que mesmo antes da aprovação da Lei de Mediação, já havia instalado a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Em funcionamento desde 2011, a CCAF/AGU é responsável pela celebração de inúmeras transações, sendo a de maior repercussão a conclusão do Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Planos Econômicos, envolvendo inúmeros poupadores durante as décadas de 1980 e 1990 e, finalmente, homologado pelo STF em maio de 2020, permitindo a transação por adesão coletiva, em caráter inédito.

Por último, apresentados os enormes avanços obtidos a partir da vigência da Lei da Mediação, constata-se que inegavelmente já produz efeitos no mundo jurídico ao trilhar um futuro de menor litigiosidade, maior celeridade, maior eficácia nos processos de governança (em nível estatal e privado) e, também, na promoção da paz social e no aprofundamento de uma democracia participativa em todas as esferas.

8.2 Agenda 2030 da ONU e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.16

Demonstrando entusiasmo, ousadia e enfatizando a indispensável cooperação internacional, o atual Secretário Geral da ONU, António Guterres, afirmou que a *"Agenda 2030 é a nossa Declaração Global de Interdependência."* Com efeito, o documento "Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" foi aprovado por 193 Estados-membros reunidos em setembro de 2015, em Nova Iorque.

De acordo com a ONU:

[...] a Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro.

Nesse compasso, a Lei da Mediação aproxima o Brasil do cumprimento de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: o ODS 16 que se refere a "Paz, Justiça e Instituições Eficazes" e tem como meta "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para

todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.”⁴¹⁹

Este ODS 16 possui 12 metas:

- 16.1 - Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares;
- 16.2 - Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças;
- 16.3 - Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos;
- 16.4 - Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado;
- 16.5 - Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas;
- 16.6 - Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis;
- 16.7 - Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis;
- 16.8 - Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global;
- 16.9 - Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento;
- 16.10 - Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais;
- 16.a - Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime;
- 16.b.1 - Proporção da população que reportou ter-se sentido pessoalmente discriminada ou assediada nos últimos 12 meses por motivos de discriminação proibidos no âmbito da legislação internacional dos direitos humanos.⁴²⁰

A título de informação sobre o estado da arte no Brasil, cumpre mencionar que o Decreto nº 8.892/2016 criou a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil, sendo possível acompanhar os relatórios dos indicadores no portal criado específico para a Agenda 2030. No entanto, o Decreto nº 8.892/2016 foi inteiramente revogado pelo Decreto nº 10.179/2019, dificultando o acompanhamento dos indicadores de cada ODS e seus subitens.

⁴¹⁹ ODS BRASIL. **Objetivo 16:** paz, justiça e instituições eficazes. Brasília, DF: Governo Federal. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=16>. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁴²⁰ Ibid.

Apesar da atual dificuldade de acompanhamento, as iniciativas e resultados já verificáveis em quase 6 anos de entrada em vigor da Lei de Mediação, que coincidem com o ano de lançamento da Agenda 2030, demonstram que a intensificação dos métodos consensuais para solução de conflitos é essencial para colaborar com o cumprimento das metas do ODS 16 pelo Brasil, de forma bastante significativa, tanto em políticas de prevenção de crime e diminuição da violência, como na formulação de práticas de governança e instituições mais colaborativas e participativas e fundamentalmente com a finalidade de assegurar o acesso à justiça para todos, para que tenhamos, enfim, uma sociedade global mais harmônica, solidária e pacífica.

8.3 A justiça do diálogo como modelo

Nesta reta final de nosso trabalho, importante enfatizar que ciência e realidade social não devem andar em linhas paralelas, sendo fundamental que se cruzem. Nesse sentido, o presente trabalho científico, em seu epílogo, buscará traçar alguns caminhos como sugestões para o incremento da justiça do diálogo no país.

Vale lembrar, por dever de coerência, que desde o início desse trabalho, percorremos os temas da mediação e da justiça em linhas perpendiculares que vieram a se encontrar na justiça do diálogo, respondendo à questão inicial se a mediação poderia ser considerada justiça ou não.

Partilhamos da teoria rawlsiana que uma sociedade justa deve respeitar a liberdade e a igualdade e adotamos o conceito constitucionalizado de justiça em nosso texto constitucional, relacionando o conteúdo do que seja justo ao estrito respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio democrático.

De igual modo, adotamos tanto o conceito teórico, como o conceito estritamente legal da mediação e pudemos concluir ser a mediação um procedimento para concretizar a justiça, integrando a justiça do diálogo em contraponto ao modelo de justiça adjudicatória.

E, a nosso sentir, é chegada a hora de alavancarmos a justiça do diálogo.

Vivemos um momento atual de profundo desalento mundial, a partir do surgimento do coronavírus e o reconhecimento oficial do estado pandêmico a partir de março de 2020. Some-se a isso, o sentimento generalizado, anterior à pandemia é bom que se diga, de que estaríamos em uma espécie de recessão democrática, na expressão cunhada por Larry Diamond, com vários países governados por

autoridades com perfil autocrático e contrários ao princípio democrático e um senso comum de pouca representatividade do poder político.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt alertam:

O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la.⁴²¹

Outro estudioso sobre tema da democracia, Yascha Mounk também aponta preocupação:

Isso nos permite afirmar que as democracias liberais podem se desvirtuar de duas formas. Democracias podem ser iliberais. Isso tende a acontecer particularmente em lugares onde a maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do executivo ou por restringir os direitos das minorias que a desagradam. Por sua vez, regimes liberais podem ser antidemocráticos, a despeito de contarem com eleições regulares e competitivas. Isso tende a acontecer sobretudo em lugares onde o sistema político favorece de tal forma a elite que as eleições raramente servem para traduzir a opinião popular em políticas públicas.⁴²²

Pandemia e democracia são palavras igualmente de origem grega e relacionadas ao povo: pan(tudo) e demos (povo), como “todos do povo” (pandemia), enquanto que demos (povo) e kratos (poder), como “poder do povo” (democracia).

A profunda crise democrática aliada à maior crise mundial de saúde, nos últimos 100 anos desde a gripe espanhola (1918-1920), escancarou ainda mais a violação a direitos humanos e liberdades fundamentais e a elevadíssima desigualdade social que assola o planeta.

Inúmeros questionamentos foram e estão sendo feitos em relação à injustiça que vivemos, como por exemplo: é justo que alguns tenham acesso à serviços de saúde e outros não? É justo que populações sejam vacinadas e outras não? É justo que alguns trabalhem em condições precárias e com risco à saúde para que outros trabalhem em home office, de forma segura? É justo que inúmeras pessoas percam seus empregos e não tenham direito a nenhum auxílio financeiro enquanto outros, já bilionários, aumentem suas fortunas? É justo que empregada doméstica tenha o seu filho morto ao deixá-lo sob os cuidados de sua empregadora, no local do emprego,

⁴²¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *E-book*.

⁴²² MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la? Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. Rio de Janeiro: Cia. Das Letras, 2019. *E-book*.

porque teve que ir ao supermercado e passear com o cachorro por determinação da mesma?

Para que não percamos de vista a noção de justo, Márcia Alvim retoma o ensinamento aristotélico:

Para Aristóteles o justo é aquilo que é conforme a lei e correto e “as qualidades são reconhecidas muitas vezes, em comparação à negação da qualidade [...]”. Significa dizer que, para sabermos o que é justo, temos que ter a noção correta do que é injusto.⁴²³

Sem sombra de dúvidas, nunca os sentimentos de injustiça e de desigualdade social estiveram tão presentes e aguçados em nossa sociedade contemporânea como nos dias atuais.

O momento histórico exige reflexão e ação: reflexão sobre qual a nossa responsabilidade e quais os erros cometidos para que chegássemos à situação que estamos, para que não mais sejam repetidos.

Reflexão também sobre os caminhos a serem seguidos e colocados em ação, para que possamos resgatar o respeito à democracia, à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Um elemento é essencial para o rumo a ser trilhado: o diálogo igualitário e livre.

Ao se aprofundar no estudo da democracia, Marilena Chauí pontifica sobre como diminuir as desigualdades:

A justiça, cimento da sociabilidade porque encarregada de “igualar os desiguais através das leis”, precisa de uma medida ou do valor dos valores pelo qual possa instaurar a igualdade, ou seja, um valor a partir do qual se estabeleça a equivalência dos desiguais. A igualdade é um valor necessário a toda e qualquer cidade, pois sem a igualação dos desiguais não há sociedade ou política, mas, ao mesmo tempo, é um valor derivado ou subordinado, isto é, sua definição depende da determinação do valor dos valores, pelo qual a natureza da sociedade e a da política se definem.⁴²⁴ Na democracia, o valor dos valores é a liberdade e é ela quem determinará a natureza da igualdade ou da realização da justiça. O que caracteriza a igualdade democrática e a diferencia das demais em outras sociedades (como as aristocráticas e as monárquicas) é a afirmação de que todos os membros do *demos* são *absolutamente* iguais porque todos são livres. É esta igualdade absoluta (que não é econômica, mas social e política) que permite a democracia, isto é, o poder do *demos*.⁴²⁵

No mesmo sentido, Paulo Sérgio Pinheiro enfatiza que:

⁴²³ ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Justiça, prudência e condição humana. In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (org.). **(Re)pensando o direito**: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188.

⁴²⁴ CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 201.

⁴²⁵ CHAUI, loc. cit.

[...] uma justiça acessível aos não privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo de “democráticos”. [...] A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.⁴²⁶

Conforme discutido nos itens 7.1 e 7.2, a lógica da justiça do diálogo é base de sustentação para a defesa da mediação como instrumento democrático e realizador do conceito material de justiça.

Indiscutivelmente, o Estado que se pretenda democrático deve adotar o diálogo como método de resolução dos conflitos sociais, pois o antagonismo não auxilia a busca e a efetivação da justiça. Os pontuais e efêmeros conflitos decorrentes de questões fáticas e jurídicas não devem tomar anos a fio de qualidade de vida das partes em debate, mas proporcioná-las a possibilidade de juntas encontrarem a solução mais adequada ao caso concreto (justo-meio aristotélico).

Ao enfatizar a relação entre diálogo, poder e convivência, Guilherme Assis de Almeida assevera que “na concepção arendtiana, a convivência pacífica entre os homens é o fator que propicia a ação conjunta é essa ação que é geradora de poder”. Como a própria Hannah Arendt conclui:

O único fator indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens [...]. Todo aquele que, por algum motivo, se isola e não participa dessa convivência, renuncia ao poder e se torna impotente, por maior que seja sua força e por mais válidas que sejam suas razões.⁴²⁷

Neste passo, importante rememorar o que sustentamos no presente trabalho: a justiça do diálogo consiste na modalidade de concreção da justiça em que as próprias partes decidem o que é justo para a resolução do conflito, dentro de um procedimento dialógico e negocial facilitado ou não por um terceiro (ou mediador), observando-se o caráter consensual da decisão e a relação de horizontalidade entre as partes, que agindo com autonomia de vontades, exercem, de forma conjunta, o poder decisório.

⁴²⁶ MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, violência e injustiça**: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000. p. 248.

⁴²⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e não violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

Como já expusemos anteriormente, a justiça do diálogo é composta por vários métodos consensuais de resolução de conflitos, sendo a mediação o procedimento que melhor atende ao princípio democrático.

Sandra Moreira, em dissertação sobre o tema, manifesta-se no mesmo sentido:

A natureza democrática da mediação se encontra tanto nas características como na própria estrutura do seu procedimento, pois a mediação procura resolver e prevenir os conflitos de maneira pacífica e inclusiva, através do diálogo, respeito ao outro, formação de parcerias e com ativa participação e responsabilidade dos mediados pela solução do conflito, observando-se o devido equilíbrio entre as partes. A própria atuação do mediador é um exemplo de prática da democracia, em virtude de sua atuação pautada em princípios e valores éticos (senso de justiça, respeito às partes, imparcialidade, credibilidade). Da mesma forma, questões como o acesso à justiça, exercício da cidadania e o resgate da dignidade humana podem ser destacadas.⁴²⁸

Um dos métodos que tem sido reconhecidos como de maior empoderamento democrático é o conhecido como mediação comunitária,

[...] quando realizada sob um modelo comunitário – ou seja, na comunidade, para a comunidade e, sobretudo pela comunidade -, a mediação promove emancipação, na medida em que cuida de desenvolver mecanismos voltados à autodeterminação, coesão social e solidariedade.⁴²⁹

A demonstrar o avanço dos métodos consensuais, muito usada em questões criminais, a justiça restaurativa foi regulamentada como:

[...] uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas. Esse é o conceito institucional, adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e a sua prática apresenta iniciativas cada vez mais diversificadas e já apresentou muitos resultados positivos.⁴³⁰

O uso irrestrito e cada vez mais abrangente da mediação também é defendido por Michèle Guillaume-Hofnung, Professora de Direito da Universidade Paris-Sud e uma das redatoras da definição de mediação no âmbito do Conselho da Europa:

⁴²⁸ MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e democracia**: uma abordagem contemporânea da resolução de conflitos. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007. p. 88.

⁴²⁹ FOLEY, Gláucia Falsarella, Justiça Comunitária: uma experiência emancipatória. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019 p.486

⁴³⁰ BITTENCOURT, Ila Barbosa. Justiça restaurativa. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 22 abr. 2021.

O campo da mediação não tem limite. Engloba todas as áreas de atividade humana, da mais privada à mais pública. A mediação interessa às pessoas públicas, como também aos indivíduos privados, aos grupos e às atividades nacionais e internacionais.⁴³¹

Assim, como derradeira contribuição do presente trabalho, valemo-nos de verdadeiro chamamento feito por Boaventura de Souza Santos, “não haverá justiça mais próxima dos cidadãos, se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça”⁴³², para apresentarmos sugestões para o incremento da justiça do diálogo em nosso país.

E, oportuno lembrar os estudos de Peter Häberle que, “se a Constituição se molda em concreto, a sociedade deve participar o máximo possível da discussão judicial sobre sua aplicabilidade (Sociedade Aberta de Intérpretes). A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade). Assim, a sociedade deve participar do processo de concreção dessas normas, visto que a interpretação constitucional é “uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (...) A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade”⁴³³

Em outras palavras: a interpretação constitucional e a aplicabilidade do direito à justiça não cabe apenas aos intérpretes adjudicatórios, estatais ou não, mas também aos intérpretes não formais, toda a sociedade, de forma democrática, através dos métodos que compõem a justiça do diálogo.

Ao longo do texto, apontamos os avanços proporcionados pelo advento da Lei de Mediação e do Novo CPC em relação aos meios consensuais de solução de conflitos, mas ainda há muito a avançar.

Como principais críticas, constata-se a ausência de efetivo diálogo interinstitucional tanto dentro dos poderes representados, como em relação à sociedade civil, para que se estabeleça tanto uma política pública de justiça, como em âmbito externo ao sistema de justiça.

Verifica-se, igualmente, que ainda há muito desconhecimento e até um certo preconceito em relação aos meios consensuais de solução de conflito, com poucas

⁴³¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **A mediação**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p.12.

⁴³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 147.

⁴³³ CARVALHO FERNANDES, Ricardo Viera de. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. Revista de Informação Legislativa n.189. Brasília: jan/mar 2011, p.126

campanhas de sensibilização, a resistência da cultura da litigiosidade e a lentidão da adequação dos currículos acadêmicos às novas disciplinas.

A nosso juízo, o momento exige que medidas mais efetivas sejam adotadas com a finalidade de alavancar a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo a mediação, como forma de concretizar a justiça em nosso país, afinal “nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco. A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós.”⁴³⁴

Desse modo, apresentamos como roteiro para o incremento dos meios consensuais de resolução de conflitos e da justiça do diálogo, em especial da mediação, que seja inaugurado diálogo entre as instituições do sistema de justiça (CNJ, CNMP, OAB, Defensorias Públicas e Advocacia Pública), Poder Legislativo, Poder Executivo e entidades acadêmicas e da sociedade civil, com a finalidade de elaborar e executar um Pacto Nacional pelos Meios Consensuais de Resolução de Conflitos, a partir de um Plano Estratégico de Atuação, a ser desenvolvido pelo prazo inicial de 10 (dez) anos, com o uso de metas definidas e indicadores, para atingir os seguintes objetivos:

- a) incentivar a disseminação teórica da cultura do consenso – monitorar a aplicação das alterações curriculares nos cursos de direito e aprovar alterações curriculares em demais cursos superiores para que também passem a ministrar o conteúdo;
- b) intensificar a sensibilização social de forma massificada– com seminários, cartilhas e campanhas informativas em meios de comunicação e redes sociais;
- c) estabelecer metas e prazos para a formação de mediadores, supervisores e instrutores – para que o serviço de mediação possa ser oferecido em todo o território nacional;
- d) aprofundar a estratégia nacional de redução de litígios e de incentivo à não-judicialização;
- e) fomentar o uso dos meios consensuais de resolução de conflitos pelo Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, além de incentivar o uso de equipamentos existentes como os CRAS,

⁴³⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *E-book*.

- CREAS, postos de INSS, PROCON, correios e serventias extrajudiciais;
- f) estimular o uso dos meios consensuais de resolução de conflitos pela iniciativa privada e sociedade civil, a exemplo das associações comerciais, associações comunitárias, núcleos de prática jurídica dos cursos de direitos;
 - g) incentivar a implantação de políticas públicas voltadas à mediação escolar, à mediação de políticas públicas, à mediação penitenciária, à mediação comunitária, a mediação esportiva, mediação trabalhista, aos círculos de paz, dentre outras;
 - h) estabelecer parâmetros e definições sobre credenciamento, cadastro ou registro, remuneração de mediadores judiciais e extrajudiciais e formulação de indicadores exclusivos para mensurar as mediações;
 - i) formular proposta de obrigatoriedade da mediação pré-processual antes do ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário.

Defendemos neste trabalho que uma sociedade será mais justa e democrática quando todos os cidadãos, em condição de igualdade e efetivamente livres, puderem decidir sobre a melhor forma de resolverem seus conflitos, tanto nas relações pessoais, como nas relações com a comunidade.

Aristóteles já dizia que quando “as pessoas são amigas não têm necessidade de justiça, enquanto mesmo quando são justas elas necessitam da amizade; considera-se assim que a mais autêntica forma de justiça é uma disposição amistosa.”⁴³⁵

E, Boaventura de Sousa Santos adverte, com a costumeira ênfase: “sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada.”

Só nos resta concluir: não se constrói uma sociedade democrática sem justiça, e, não se obtém justiça sem diálogo e mediação.

⁴³⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999. p. 258.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade a resposta a duas questões principais: a mediação integraria o conceito de justiça? E em caso positivo, seria a mediação uma modalidade ou espécie de justiça?

A partir dos questionamentos fundantes, o trajeto adotado foi percorrer o tema da mediação, de forma bastante detalhada, para depois adentrar o tema da justiça, e, em última parada, promover o encontro entre mediação e justiça no afã de responder às questões originais.

Assim, realizamos a análise da origem do termo, além de uma genealogia do conceito de mediação, desde a Idade Antiga, na qual já se aplicavam métodos de solução de controvérsia por decisão cunhada pelas partes; na Idade Média, sobretudo nas comunas do Baixo Medievo; na Idade Moderna, com as Revoluções Americana e Francesa e a ampliação do reconhecimento dos direitos individuais e fortes transformações sociais; e na Idade Contemporânea, com a maior consolidação da concepção de direitos humanos e fraternidade, as consequências trabalhistas e o surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir da Revolução Industrial e, ao final, após os desastres das duas guerras mundiais, mereceram destaque os movimentos pacifistas dos anos 1970 nos Estados Unidos.

Dessa forma, chegamos a uma discussão historicizada do conceito de mediação em numerosos autores, bem como demonstramos a relação intrínseca entre Teoria do Conflito e mediação, perpassando as diversas Escolas ou modelos de mediação advindos dessa construção histórica do instituto.

Em seguida, resolvemos adentrar o panorama internacional da mediação. Ao tornar os olhares ao direito internacional, pudemos examinar a compreensão e a aplicação da mediação no âmbito das relações internacionais, principalmente no sistema ONU e o *Mediation Support Unit*, na OEA e no sistema interamericano de direitos humanos; na União Europeia e no direito comunitário, além do sistema europeu de direitos humanos; no sistema africano de direitos humanos e dos povos; e na Convenção de Singapura, tratado de grande relevância na esfera da mediação a nível mundial; e nos modelos UNCITRAL e Banco Mundial, que pretendem padronizar e apoiar concretamente a realização da mediação nos países-membros.

Da mesma forma, atentando-nos para o direito comparado, investigamos a história e as previsões normativas com relação à mediação em países pontuais cujo

sistema de solução de controvérsias não-estatal tem grande relevância para este estudo, como Estados Unidos, Inglaterra, Portugal e Argentina.

Após o giro internacional, passamos a averiguar a mediação no direito brasileiro, analisando sua previsão e prática desde a Constituição do Império de 1824 até a atual Constituição da República de 1988, perpassando legislações essenciais à matéria, sobretudo os Códigos de Processo Civil de 1939, de 1973 e de 2015, e a elaboração recente do que conhecemos como o novo marco legal da mediação a partir dos projetos de lei apresentados desde 1998, seus substitutivos, o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, Resolução CNJ 125/2010 e, finalmente, a Lei de Mediação (Lei n.13.140/2015).

De maneira mais minuciosa, estudamos os elementos conformadores da mediação a partir do direito posto veiculado pela Lei de Mediação, ao analisarmos o conceito, o objeto e os sujeitos ligados ao instituto da mediação, para compreender a aplicação do método na concretude da realidade brasileira, além dos princípios que abarcam as regras sobre o tema, seja em âmbito judicial, seja em âmbito extrajudicial.

Finalmente, após avançada pesquisa sobre o *dever ser* e o *ser* da mediação no direito, em esferas nacional e internacional, em visão evolutiva e histórica do termo e de seu conteúdo, em âmbito legislativo brasileiro, passamos a consolidar o cerne desta tese, isto é, a visão de mediação como realizadora, por excelência, da justiça.

Para tanto, também recorreremos a autores clássicos para compreender a evolução conceitual de justiça, desde a Antiguidade, com Sócrates, Platão e Aristóteles; a Modernidade e a Contemporaneidade, sobretudo em Bèze, nos huguenotes franceses, Bodin, Hobbes, Maquiavel, Grotius, a Escola Ibérica da Paz, Hart e Kelsen. A estes últimos, emendamos um estudo do conceito de justiça no período Pós-Guerra, que se tornou um valor essencial das constituições rígidas.

Nesse momento, pudemos adentrar a defesa da justiça como um valor primordial à democracia, ao direito, e aos direitos, como afirmam Müller, Ferrajoli, Waluchow, Dworkin e Alexy, ainda que em tradições jurídicas diversas e em compreensões distintas da norma jurídica e do conteúdo da aplicação do direito. Especial atenção foi dispensada ao conceito de justiça de John Rawls, pois acreditamos que esta compreensão teórica de que uma sociedade justa deva observar a liberdade e a igualdade, é a que mais se aproxima do conceito de justiça extraído da Constituição de República de 1988.

Como passo seguinte, adotamos um conceito material de justiça, entendendo como conceito positivado pelo texto constitucional, nos seguintes termos: “justiça consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido por direito, de acordo com a igualdade entre todos e assegurada a liberdade, tanto na esfera das relações intersubjetivas, como nas relações com a sociedade, respeitados os princípios democrático e da dignidade da pessoa humana, e observados os direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive aqueles decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.”

A partir do conceito traçado sobre o conteúdo de justiça, retomamos a questão: qual o papel da mediação em relação à justiça? Ela integraria o conceito material de justiça? Seria espécie ou modalidade de justiça?

Sustentamos, em primeiro lugar, que a mediação e os meios consensuais de solução de conflitos integram o conceito material de justiça, ao mesmo tempo que se encontram devidamente consagrados pelo texto da Constituição da República de 1988. E, aprofundando o exame, defendemos que o sistema constitucional brasileiro consagra duas modalidades de concreção da justiça: a justiça adjudicatória e justiça do diálogo.

A nosso juízo, a justiça adjudicatória consiste a modalidade de concreção de justiça que atribui o que é justo em um determinado conflito, a partir de uma decisão proferida por um ente estatal ou arbitral, em um procedimento fundado no princípio do contraditório e ampla defesa, observados o caráter adjudicatório da decisão, a relação de verticalidade entre a autoridade competente e as partes do conflito, o poder decisório exclusivo da autoridade competente e a irrelevância da vontade das partes sobre a tomada de decisão.

De outro lado, sustentamos que a justiça do diálogo consiste na modalidade de concreção da justiça em que as próprias partes decidem o que é justo para a resolução do conflito, dentro de um procedimento dialógico e negocial facilitado ou não por um terceiro (ou mediador), observando-se o caráter consensual da decisão e a relação de horizontalidade entre as partes e o terceiro, sendo que as partes agindo com autonomia de vontades exercem, de forma conjunta, o poder decisório.

Concluimos, ainda, que justiça, mediação e democracia convivem no espírito constitucional brasileiro como termos correlatos e mutuamente interdependentes, tendo em vista o objetivo fundamental da construção de sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, com olhos no presente, analisamos os impactos decorrentes dos quase 6 anos de vigência da Lei de Mediação, e, com visão prospectiva de futuro, estudamos os objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda ONU 2030, sobretudo a construção de sociedades pacíficas e o acesso à justiça para todos, assim como apresentamos um roteiro para o incremento dos meios consensuais de resolução de conflitos, em especial da mediação, a partir do diálogo entre as instituições do sistema de justiça (CNJ, CNMP, OAB, Defensorias Públicas e Advocacia Pública), Poder Legislativo, Poder Executivo e entidades acadêmicas e da sociedade civil, com a finalidade de elaborar e executar um Pacto Nacional pelos Meios Consensuais de Resolução de Conflitos.

REFERÊNCIAS

A COMISSÃO Europeia de Direitos do Homem: organização, processo e atividades. Nota de informação do Secretário da Comissão Europeia de Direitos do Homem, janeiro de 1996. **DHNet**, [S./]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedhopa.htm>. Acesso em 09 nov. 2020.

ABBOUD, Georges. **Discrecionabilidade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ADR. **The Model Standards of Conduct for Mediators**. [S./] Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. Tradução: J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. v. 1, p. 253.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238 apud AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e não violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. 3. ed. São Paulo: Dasheditora, 2017. 352 p.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Eficiência e direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/143/edicao-1/eficiencia-e-direito>. Acesso em: 05 fev. 2021.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Justiça, prudência e condição humana. *In*: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (org.). **(Re)pensando o direito**: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANDERSEN, Tom. **El equipo reflexivo**. Barcelona: Gedisa, 1994.

ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso, **Folha de São Paulo**, 24 jun. 2008. Tendências e Debates. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2406200808.htm>. Acesso em: 31 de jan. de 2021.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Questão 47, art. 1. Disponível em: <https://alexandriacatolica.blogspot.com/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ARAUJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A., DYTZ, Karen I. O Instituto de Mediação. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, v. 3, 1997.

ARENDT, Hannah. Nightmare and Flight. *In*: ARENDT, Hannah. **Essays in Understanding, 1930-1954**: formation, exile and totalitarianism. New York: Schocken Books, 2005.

ARGENTINA. **Decreto 1467/2011**. MEDIACION Y CONCILIACION. Reglaméntase la Ley Nº 26.589. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=187495>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ARGENTINA. **Ley 26.589**. MEDIACION Y CONCILIACION. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Buenos Aires: Congreso de la Nacion Argentina, [2010]. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26589-166999/texto>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ARGENTINA. **Ley 26.589**. MEDIACION Y CONCILIACION. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Buenos Aires: Congreso de la Nacion Argentina, [2010]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco; Poética**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. livro 6. (Os pensadores, v. 2).

ARRUDA, Maria Izabel Moreira; OLIVEIRA, Hamilton Vieira. Um olhar sobre a evolução do conceito de mediação na Ciência da Informação. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 10(1), n. 1, p. 218-232, jan./jul. 2017. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/2523>. Acesso em: 28 fev. 2021.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.

AZPILCUETA, Martín de. Relectio c. Novit de Iudiciis. *In*: CALAFATE, Pedro. **A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Séculos XVI e XVII)**. Coimbra: Edições Almedina, p. 23-181, 2015. v. II.

BADIOU, Alain. **Saint Paul**: the foundation of universalism. Stanford: Stanford University Press, 2003.

BAGGIO, Antônio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. *In*: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido/2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BAILEY, S. D. Peaceful settlement of international disputes. Nova Iorque: Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa, 1971 apud YARN, Douglas H. **Dictionary of conflict resolution**. São Francisco: Jossey Bass, 1999.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. O direito de resistência na França renascentista. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, p. 99-114, jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=3. Acesso em: 26 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal**: do ano mil à colonização da América. Rio de Janeiro: Globo, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BÈZE, Théodore de. Du droit des magistrats sur leurs sujets. Genève: Droz, 1970, p. 49-50. *In*: BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. O direito de resistência na França renascentista. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, p. 99-114, jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jan. 2021.

BÍBLIA. Tradução para português. **Bíblia Sagrada**. Salt Lake City: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2015.

BÍBLIA. Tradução para português. **Bíblia Sagrada**. Salt Lake City: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e Justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.

93, 1998. p. 345-346. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. Justiça restaurativa. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BLACKMAN, John. Neutral evaluation: an ADR technique whose time has come. **FindLaw Attorney Writers**, Eagan, Jan. 2017. Disponível em:
<http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>. Acesso em: 09 nov. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. Rev. Marcelo Granato. Prefácio de Luigi Ferrajoli. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp: Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Paris: Fayard, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOUTILLIER, Jean. **Somme rural ou le grand coutumier général de pratique civile et canon**. Livro II. Paris: L. Charondas Le Caron, 1603, p. 693

BOXER-MACOMBER, Lauri. Revisiting the impact of California's Mandatory Custody Mediation Program on victims of domestic violence through a feminist positionality lens. **St. Thomas Law Review**. Miami Gardens, v. 15, p. 883, 2003.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969**. Fixa data das eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, estabelece normas para a coincidência de mandatos no âmbito municipal, extingue a justiça de paz eletiva, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Relatório do Deputado Iéδιο Rosa sobre o PL 4.827/1998**. Brasília, DF: CCJC, 2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node03ob5kzrjxps016a8o62eqi0zb15296.node0?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Relatório do Senador Pedro Simon no PLC nº 94/2002**. Brasília, DF: CCJC, 2006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4191171&ts=1594032601997&disposition=inline>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, DF: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 359, de 16 de abril de 1890**. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e commerciaes. Rio de Janeiro: 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D359.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 22.132 de 25 de novembro de 1932**. Institue Juntas de Conciliação e Julgamento e regulamenta as suas funções. Rio de Janeiro: 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-publicacaooriginal-82731-pe.html>. Acesso em:

BRASIL. **Decreto nº 25.660 de 13 de outubro de 1948**. Manda executar o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, [...] para a manutenção da paz e da segurança do Continente. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25660-13-outubro-1948-322840-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827.** Crêa em cada uma das freguezias e das capellas curadas um Juiz de Paz e supplente. Rio de Janeiro: 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=Art%205%C2%BA%20Ao%20Juiz%20de,com%20as%20partes%20e%20Escriv%C3%A3o. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949.** Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acôrdo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0968.htm#:~:text=L0968&text=LEI%20N%C2%BA%20968%2C%20DE%2010,provisionais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20judicial,forma%20que%20esta%20Lei%20regula.&text=II%20%2D%20pela%20nulidade%20ou%20anula%C3%A7%C3%A3o,IV%20%2D%20pelo%20div%C3%B3rcio. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.** Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841. Rio de Janeiro: 1842. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 517/2011.** Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947679&ts=1594025424476&disposition=inline>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BROTTON, Jerry. **El bazar del Renacimiento:** sobre la influencia de Oriente en la cultura occidental. Buenos Aires: Paidós, 2003.

- BRUTUS, Stephanus Junius. **Vindiciae contra tyrannos**: or, concerning the legitimate power of a prince over the people, and of the people over a prince. Edited and translated by George Garnett. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, p. 109-114, set. 2006.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: GEN, 2016.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba:Juruá, 2006.
- CAETANO, Flávio Croce. A mediação como método apropriado de solução de conflitos: antinomias entre dispositivos da lei da mediação e do novo código de processo civil. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia (org.). **Temas atuais do direito à luz do Constructivismo Lógico-Semântico**. Londrina: Thorth, 2018.
- CAETANO, Flávio Croce. Entrevista. *In*: NETO, Adolfo Braga (org.). **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017.
- CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O gerenciamento do processo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6010>. Acesso em: 05 fev. 2021.
- CALAFATE, Pedro. A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI). **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 78-96, jan./abr. 2014.
- CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón Emilio Mandado. **Escola Ibérica da paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América**. Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, D.I., 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed, 11. reimp. Coimbra: Almedina, 1941.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Alamedina, 1991. p. 545 apud BECHO, Renato Lopes. O Princípio da Igualdade no Direito Administrativo. *In*: FIGUEIREDO, Lucia Valle (org.). **Princípios informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Carta de Banjul. **DHNet**, [S./]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. **The Eighth Mediation Audit**. London: CEDR, 2018. Disponível em: www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/The_Eighth_Mediation_Audit_2018.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

cesso em: 07 nov. 2020.

CHALITA, Gabriel. Aristóteles e o Direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. t. Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Washington: OEA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

CMC. **Civil Mediation Council Individual Registration Scheme**. Disponível em: <https://civilmediation.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-Individual-Registration-Guidance-Notes.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

CMC. **Civil Mediation Council**. London: CMC, 2018. Disponível em: <https://civilmediation.org/about/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

COBB, Sara. Empowerment and mediation: a narrative perspective. **Negotiation Journal**, Hoboken, 9(3), p. 245-255, 1993.

COBB, Sara; RIFKIN, Jeremy. Neutrality as a discursive practice: the construction and transformation of narratives in community mediation. **Studies in Law, Politics, and Society**, Bingley, v. 11, p. 69-91, 1991.

CÓDIGO de Hamurábi. **DHNet**, [S./]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

COLÔMBIA e Equador fecham acordo sobre resolução na OEA. **BBC News Brasil**, São Paulo, 05 mar. 2008. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/03/printable/080305_colombia_oearg. Acesso em: 09 nov. 2020.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial**. Luxemburgo: Publications Office of the EU, 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133189>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2010**. Brasília, DF: CNJ, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Anexo III Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais**. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 05 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Resolve**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/programa-resolve/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

COOGLER, O. J. **Structured mediation in divorce settlements: a handbook for marital mediators**. Lexington: Lexington Books, 1978.

COSTA, Elisabete Pinto da. A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada. *In*: OLIVEIRA, António Cândido & PIRES, César. **O Estado da Justiça**. Lisboa: Universitárias Lusófonas, 2017.

COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory memorandum to Recommendation no. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on family mediation**. Strasbourg: Council of Europe, 1998. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ee220. Acesso em: 09 nov. 2020.

CUNHA, Antônio Gerardo da Cunha. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e Caribe**. Documento técnico do Banco Mundial n. 319. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

DIAS, Antonio Carlos. A história das organizações sindicais. **Associação Arcos – Portal Jurídico**, [S.l.], 2016. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-historia-das-organizacoes-sindicais/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

DPPA. **Mediation support unit**. New York: United Nations. Disponível em: https://dppa.un.org/sites/default/files/dppa_one-pager_msu_0.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

DPPA. **Prevention and mediation**. New York: United Nations. Disponível em: <https://dppa.un.org/en/prevention-and-mediation>. Acesso em: 07 nov. 2020.

DUNN, Gibson. **The Singapore Convention on Mediation: new kid on the dispute resolution block now in force**. [S. l.], 16 out. 2020. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/10/singapore-convention-on-mediation-new-kid-on-dispute-resolution-block-now-in-force.pdf>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EUR-LEX. **Network for the extra-judicial settlement of consumer disputes (EEJ-Net)**. Luxembourg: Publications Office of the EU, 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISUM%3A32043>. Acesso em: 09 nov. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **About FIN-Net**. Brussels: European Commission. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en. Acesso em: 09 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Strasbourg: ECHR, Council of Europe, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político** Madrid: Trotta, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FILHO, Venceslau Tavares Costa; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMINGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. Uma reflexão sobre a autocomposição e indisponibilidade dos direitos do Estado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jan. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/reflexao-autocomposicao-direitos-estado>. Acesso em: 02 fev. de 2021.

FLUSIN, Bernard. **A civilização bizantina**. Europa: Mem Martins, 2007.

FMC. **Family Mediation Council**. London: FMC, 2021. Disponível em: <https://www.familymediationcouncil.org.uk/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

FOLEY, Gláucia Falsarella, Justiça Comunitária: uma experiência emancipatória. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019.

FOLGER, P. Joseph; BARUCH BUSH, Robert. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. *In*: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-76). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. História e razão do paradigma vestefaliano. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2006.

FRANÇA. [Constituição (1791)]. **Constitution de 1791**. Paris, França: Conseil Constitutionnel. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 28 fev. 2021.

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

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDBERG, Stephen; SANDER; Frank; ROGERS, Nancy; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute resolution**: negotiation, mediation, and other processes. 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

GOUVEIA, M. França. Mediação e Processo Civil. *In*: GONÇALVES, Luís. **Cadernos de Direito Privado**, n. 1 – Especial, p. 24-44, 2010. Braga: CEJUR, 2010.

GOZÁNI, Osvaldo Alfredo. La mediación y el arbitraje en Argentina: situación actual. **Themis Revista de Derecho**, Lima, v. 43, p. 93-104, 2001. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11592>. Acesso em: 15 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out., 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Porto Alegre: Unijuí, 2005.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Cingapura e a mediação. **Valor Econômico**, São Paulo, 07 out. 2020. Caderno Legislação. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/10/07/convencao-de-cingapura-e-a-mediacao.ghtml>. Acesso em: 28 fev. 2021.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **A mediação**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

GUIMARÃES, Ulysses. Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

HAIMENIS, Elizabeth e FERNANDES. Alguns aportes da Filosofia e da negociação para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019.

HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma República Eclesiástica e Civil**. Richard Tuck (org.), edição brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX – 1914-1991. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2007.

HOBBS, Eric. J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

HOPT, Klaus; STEFFEK, Felix. **Mediation**: principles and regulation in comparative perspective. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2009.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.

KOMATSU, Roque. **Tentativa de conciliação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KOURLIS, Rebecca Love *et al.* IAALS' Honoring Families Initiative: courts and communities helping families in transition arising from separation or divorce. **Family Court Review**, [S. l.], v. 51, p. 351, 2013.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997.

LAMBERT, Donald; FINLAYSON, Nicole. Mediation in United Kingdom. **Lexology**, UK. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>. Acesso em: 02 mar. 2021.

LAMIZET, Bernard; SILEM, Ahmed. Dictionnaire Encyclopédique des sciences d'information et de la communication. Paris: Ellipses, 1997 apud SILVA, Armando Malheiro da. Mediações e mediadores em Ciência da Informação. **Prisma.com**, Porto, n. 9, p. 1-37, 2010. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/26174/2/000106387.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

LASCOUX, Jean-Louis. O que é mediação? apud ARRUDA, Maria Izabel Moreira; OLIVEIRA, Hamilton Vieira. Um olhar sobre a evolução do conceito de mediação na Ciência da Informação. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 10(1), n. 1, p. 218-232, jan./jul. 2017. p. 220. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/2523>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2054. p. 31. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/en.php>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *E-book*.

LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136. v. 2.

LOVENHEIM, Peter; GUERIN, Lisa. **Mediate, don't litigate**: strategies for successful mediation. Berkeley: NOLO, 2004.

LUPETTI, Bárbara *et al.* Fronteiras entre Judicialidade e não Judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 1-25, 2016.

LUPETTI, Bárbara. Nossos hermanos porteños têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MAGALHÃES, Luísa. A evolução do regime jurídico da mediação em Portugal: os antecedentes normativos de maior revelo até à lei n. 29/2013 de 19 de abril. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, Universidade Lusófona do Porto, n. 9, p. 158, 2019.

MAIRA, Luis. El Grupo de Contadora y la paz en Centroamérica. *In*: MUÑOZ, Heraldo (org.). **Las políticas exteriores latinoamericanas frente a la crisis**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericanos, 1985.

MAIS de 40 países incluindo a China assinam Convenção de Cingapura sobre Mediação. **Xinhua News**, Pequim, 08 ago. 2019. Disponível em: http://portuguese.xinhuanet.com/2019-08/08/c_138293193.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

MARLOW, Lenard; SAUBER, Richard. **The Handbook of Divorce Mediation**. US: Springer US, 1990.

MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **Mediação privada na Argentina, no Brasil e em Portugal**: máxima satisfação social via emancipação do indivíduo. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa) Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7921/Artigo%20UnisulVirtual%20-%20ISABELA%20MAIA%20MESQUITA%20MARTINS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **Mediação privada na Argentina, no Brasil e em Portugal**: máxima satisfação social via emancipação do indivíduo. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa) Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7921/Artigo%20UnisulVirtual%20-%20ISABELA%20MAIA%20MESQUITA%20MARTINS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed, São Paulo: Atlas, 2016.

MCGILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; PRUITT, Dean G. The role of caucusing in community mediation. **Journal of Conflict Resolution**. Thousand Oaks, n. 32, p. 181-202, 1988.

MCGILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; PRUITT, Dean G. Third-party intervention: a field experiment comparing three different models. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, n. 53, p. 104-111, 1987.

MEDIAÇÃO nos Estados-Membros – Portugal. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pt-pt.do?member=1. Acesso em: 01 abr. 2021.

MEDIAÇÃO. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_mediation-62-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, violência e injustiça**: o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado theorico e pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1889. p. VII e XIII.

MERRILLS, J. G. **International dispute settlement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MERRY, Sally Engle; MILNER, Neil. **The possibility of popular justice**: a case study of community mediation in the United States. Law, Meaning and Violence. Ann Harbor: University of Michigan Press, 1995.

METZLOFF, Thomas. Alternative Dispute Resolution Strategies in Medical Malpractice. **Alaska Law Review**, Durham, v. 9, p. 429-458, 1992. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/allr9&div=17&id=&page>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**: da queda da Bastilha à festa da Federação. Tradução: Maria Lucia Machado. Consultoria e introdução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

MNOOKIN, Robert. Alternative dispute resolution. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**. Cambridge, USA, Paper 232, 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=117252. Acesso em: 09 nov. 2020.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Adriano. Tratado de Tordesilhas de 7 de junho de 1494. *In*: MOREIRA, Adriano (coord.). **Legado Político do Ocidente**, São Paulo: Difel, 1978.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e democracia**: uma abordagem contemporânea da resolução de conflitos. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, jun. 2006.

MOUFFE, Chantal; LACLAU, Ernesto. **Hegemony & socialist strategy**: towards a radical democratic politics. 1st ed. London/New York: Verso, 1989.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la? Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. Rio de Janeiro: Cia. Das Letras, 2019. *E-book*.

MOUSNIER, Roland. Os séculos XVI e XVII. *In*: CROUZET, Maurice. **História Geral das Civilizações**. t. IV, v. 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. **Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 66-88, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21674>. Acesso em: 28 fev. 2021.

NA ARGENTINA, conciliação obrigatório reduz estoque de processos em 30%. **DESJUD**, [S. l.], 30 maio 2015. Disponível em: <https://www.desjud.com.br/2015/05/30/na-argentina-conciliacao-obrigatoria-reduz-estoque-de-processos-em-30/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, 1955. t. 1.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, v. 20, n. 62, p. 369, 1993. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1316>. Acesso em: 28 fev. 2021.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 26, n. 87, p. 129-133, set. 2006.

ODS BRASIL. **Objetivo 16**: paz, justiça e instituições eficazes. Brasília, DF: Governo Federal. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=16>. Acesso em: 14 fev. 2021.

ONU75: Nações Unidas e os métodos da prevenção e mediação de conflitos. **ONU News**, New York, 23 out. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/10/1730642>. Acesso em: 07 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. New York: ONU 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)**. Washington: OEA. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

PANORAMA da mediação na UE. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

PARKINSON, Lisa. **Family mediation**. 3rd ed. London: Family Law, 2014.

PECHOTA, Vlatislav. **Complementary structures of third-party settlement of international disputes**. New York: UNITAR, 1971. p. 10.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. O direito administrativo e os direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil: um exemplo de autofagia jurídico-política. *In*: GUNDIM, Wagner Wilson Deiró (coord). LORENCINI, Bruno César et. al (org.). **Temas contemporâneos de Direito Constitucional**. Londrina: THOTH Editora, 2020.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BARROS, Marinana Andrade. **O sistema africano de proteção dos direitos humanos e dos povos**. Belo Horizonte: [s.n.], 2006. p. 6915-6932. p. 6920. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_brant_sistema_africano_leonardo_nemer_caldeira_brant.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PLATÃO. **Górgias**. Obras II. Tradução, ensaio introdutório e notas: Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2011.

PRINCÍPIOS fundamentais e fases da mediação. **European e-Justice Portal**, Bruxelas, 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do. Acesso em: 09 nov. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Marcelo Maciel; ROCHA, Rafael Machado. O Confucionismo político e os caminhos para um constitucionalismo chinês. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 421-452, jul./dez. 2015. p. 426. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1733>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RANDOLPH, Paul. Compulsory mediation. **New Law Journal**, London, Apr. 2010. Procedure & Practice, p. 499.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZO, Christopher; FERGUSON, Deionna; LEWIS, Rodney. Mediation in the USA. **Lexology**, USA, Sept. 9 2019. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1afc5951-1db6-4f91-8e3b-500022484dbd>. Acesso em: 02 mar. 2021. Acesso em: 02 mar. 2021.

RAZO, Christopher; FERGUSON, Deionna; LEWIS, Rodney. Selecting mediators in USA. **Lexology**, USA, Sept. 24 2019. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bee1f561-9175-454f-9021-651935fec026>. Acesso em: 02 mar. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 6. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RISKIN, Leonard L. Tomada de decisão em mediação: O novo “gráfico antigo” e o sistema do “novo gráfico novo”. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 4. AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (org.). Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007.

RODRIGUES, Adriano Duarte. **Dicionário breve da informação e da comunicação**. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. *In*: SADEK; Maria Tereza (org.) **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANDER, Frank. **Varieties of dispute processing**. Minnesota: West Publishing, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SÃO DOMINGOS, António de de Bello. ms 5.552 da Biblioteca Nacional de Portugal, f. 67, v. 68. *In*: CALAFATE, Pedro. A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de

Coimbra e Évora (século XVI). **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 78-96, jan./abr. 2014.

SCHMITT, Carl. **La valeur de l'État et la signification de l'individu**. Tradução, introdução e notas: Sandrine Baume. Genève: Droz, 2003.

SELIGMAN, Felipe; RAMOS, André Luis César (org.). **10 anos de transformação: os bastidores, os desafios e o futuro da Reforma do Judiciário**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Previdência social no Brasil: (des)estruturação do trabalho e condições para sua universalização**. São Paulo: Cortez, 2012.

SIX, Jean-François. **Le temps des médiateurs**. Paris: SEUIL, 1990.

SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SOARES, Guido. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 71, p. 163-208, jan. 1976. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SOLETO, Muñoz. La mediación em la Unión Europea. *In*: SOLETO, Muñoz; PARGA, Otero (coord.). **Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente**. Madrid: Tecnos, 2007.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUARES, Marinés. **Mediación**: conducción de disputas, comunicación y técnicas. 1. ed. 5. reimpr. Buenos Aires: Paidós, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2018.

TAUBE, Michel de. Les Origines de l'Arbitrage International: Antiquité et Moyen Age. **Recueil des Cours da Academia de Direito Internacional de Haia**, v. 42, 1932. p. 15. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028607927_01. Acesso em: 28 fev. 2021.

TONIN, Mauricio Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público**. São Paulo: Almedina, 2019.

TRAVAUX préparatoires. **Singapore Mediation Convention Information Digest**, New Delhi, 2019. Disponível em: <https://www.singaporemediationconvention.org/travaux-pr%C3%A9paratoires>. Acesso em: 02 fev. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. VI.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Peaceful settlement of international disputes**: current state and perspectives. Lectures given at the XXXI Course of International Law organized by the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States in Rio de Janeiro, Brazil, on August 2004. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020

UN Office of Legal Affairs, Codification Division. **Handbook on the peaceful settlement of disputes between states**. New York: United Nations, 1992. Disponível em: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>. A

UN PEACEMAKER. **Strengthening the role of mediation in the peaceful settlement of disputes, conflict prevention and resolution**. New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/N1628366.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

UN. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en. Acesso em: 28 fev. 2021.

UNCITRAL. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")**. New York: United Nations. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. New York: United Nations, 2006. Disponível em:

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002**. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf. Acesso em 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018**. New York: United Nations, 2018. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **United Nations Commission on International Trade Law**. New York: United Nations. Disponível em: <https://uncitral.un.org/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)**. New York: United Nations, 1980. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNCITRAL. **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. New York: United Nations, 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf.

UNDOCS. **Diretrizes das Nações Unidas para uma mediação eficaz**. New York: United Nations, 2012. Disponível em: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012_pt_Jun2015correction_0.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

UNDOCS. **Report of the Secretary-General on enhancing mediation and its support activities**. New York: United Nations, 2009. Disponível em: <https://undocs.org/en/S/2009/189>. Acesso em: 07 nov. 2020.

UNDOCS. **Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixty-fourth session (New York, 1-5 February 2016)**. New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/CN.9/867>. Acesso em: 10 nov. 2020.

UNDOCS. **Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018 73/198 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. New York: United Nations, 2018. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/73/198>. Acesso em 10 nov. 2020.

UNDOCS. **Resolutions adopted by the General Assembly during the period 16 December 1950 to 5 November 1951**. New York: United Nations, 1951. Disponível em: [https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/498\(V\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/498(V)). Acesso em: 06 nov. 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial**. Luxemburgo: Publications Office of the EU, 2008. Disponível em: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/765b7161-8950-44ca-9b48-03ef5954ce8a/language-pt>. Acesso em: 09 nov. 2020.

UNISPAL. **Palestine**: proposals for a permanent international regime for the Jerusalem area. Communication from the United Nations Conciliation Commission for Palestine to the Secretary-General transmitting the text of a draft instrument. New York: United Nations, 1949. Disponível em: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/426AB77C3C1B506D852563B9007023D8>. Acesso em: 06 nov. 2020.

UNSCR. **Resolution 186**: The Cyprus Question. New York: United Nations, 1964. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/186>. Acesso em: 06 nov. 2020.

UNSCR. **Resolution 47**: The India-Pakistan Question. New York: United Nations, 1948. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/47>. Acesso em: 06 nov. 2020.

UNSCR. **Resolution 67**: The Indonesian Question. New York: United Nations, 1949. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/67>. Acesso em: 06 nov. 2020.

USA. **California Family Code**, § 3175. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-3175.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

VAHL, Matheus J. **Iustitia et Misericordiae**: o conceito de justiça na obra de Santo Agostinho. Tese (Doutorado em Filosofia) Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019. Disponível em: http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/5520/1/MATHEUS%20JESKE%20VAHL_Tese.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. Título original: Negotiating unavailable rights?. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF. Acesso em: 02 fev. 2021.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006.

VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz**: do Império a nossos dias. 2. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2002.

VIEIRA, Trajano; ALMEIDA, Guilherme de. **Três tragédias gregas**. Tradução: Guilherme de Almeida. São Paulo: Perspectiva: 1992.

VILAR, Pierre. A transição do feudalismo para o capitalismo. apud SANTIAGO, Theo (org.). **Do feudalismo ao capitalismo**: uma discussão histórica. São Paulo: Contexto, 2003.

VILAR, Pierre. A transição do feudalismo para o capitalismo. apud SANTIAGO, Theo (org.). **Do feudalismo ao capitalismo**: uma discussão histórica. São Paulo: Contexto, 2003.

VITULLO, Gabriel; SCAVO, Davide. O liberalismo e a definição bobbiana de democracia: elementos para uma análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**, Brasília, DF, n. 13, abr. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000100004. Acesso em: 05 jan. 2021.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **Da guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, jul./set., 2005.

WALKER, R. B. J. **Inside/Outside**: international relations as political theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. (Cambridge Studies in International Relations).

WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo jurídico incluyente**. Tradução: Marcela S. Gil y Romina Tesone. Rev. Hugo Zuleta. Barcelona. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22). p. 44. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22). Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

WHITE, Michael; EPSTON, David. **Medios narrativos para fines terapéuticos**. Barcelona: Paidós, 1993.

YARN, Douglas H. Dictionary of conflict resolution. São Francisco: Ed. Jossey Boss, 1999, p. 133 apud AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação**

judicial. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.