

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP**

**Alina de Toledo Rossi**

**Mediação e autonomia privada**

**Mestrado em Direito**

**São Paulo**

**2019**

**Alina de Toledo Rossi**

**Mediação e autonomia privada**

**Mestrado em Direito**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Francisco José Cahali.

**São Paulo**

**2019**

Banca Examinadora

---

---

---

Aos meus pais, Ana Lúcia e Luiz Antônio.  
Nunca conseguirei compensar todo o esforço  
empreendido por vocês e o amor  
incondicional.  
À Marina, meu coração, meu grande amor.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda a minha família pelo suporte e compreensão nos momentos em que me dediquei ao mestrado. Agradeço especialmente meu marido, Jorge Jamil Simon Filho, por cuidar da nossa família em todos meus momentos de ausência, por me apoiar incondicionalmente e por acreditar em mim.

Agradeço ao Professor Francisco José Cahali, que me orientou nessa empreitada acadêmica. Agradeço pela forma gentil com que me guiou, aconselhou e compartilhou sua sabedoria. É um grande orgulho e uma honra ter sido orientada pelo Professor Francisco José Cahali.

Agradeço aos Professores Giovanni Ettore Nanni e Rogério Donnini pela generosidade em dividir, durante as aulas do Mestrado, todo seu conhecimento em Direito Civil. Foram aulas inesquecíveis.

Agradeço aos Professores Cláudio de Cicco e Clarice Von Oertzen de Araújo, pelas valiosas contribuições nas aulas ministradas e pelas perspectivas diferenciadas que me foram apresentadas.

Agradeço aos Professores e Oswaldo Peregrina Rodrigues e Erik Frederico Gramstrup pelas valiosas contribuições na banca de qualificação com observações essenciais que contribuiriam sobremaneira para a conclusão do presente trabalho.

Agradeço às amigas e colegas na docência Rosangela Gamba de Angelis por todos os conselhos e auxílios e Karen Cristina Moron Betti Mendes pelo imenso incentivo, pela troca de ideias e pelas parcerias nas mediações.

Agradeço, pela companhia durante essa jornada, aos amigos que o Mestrado me proporcionou Adriano Elias Oliveira, Luciana de Souza e Oliveira e Maria Gabriella Dignani Schimidt de Barros. À amiga, e também colega de mestrado Cristiane Faria, agradeço pelo auxílio na revisão do texto do presente trabalho e também dos artigos publicados.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a mediação no Direito Civil e como ela se relaciona com o princípio da autonomia privada, incluindo as mudanças decorrentes do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação e indicando como o instituto está sendo regulado atualmente pela legislação nacional. As recentes alterações legislativas no instituto da mediação demandam atenção e estudo por parte dos operadores do Direito. Da mesma forma, uma nova concepção sobre o acesso à justiça, traz à tona a necessidade de discussões sobre os meios autocompositivos de solução de conflitos, sendo tais fatos as principais justificativas da pesquisa realizada. O trabalho desenvolve-se para apresentar, em um primeiro momento, uma visão breve a respeito do conflito, para, na sequência, abordar aspectos gerais da mediação e da conciliação, mencionando semelhanças e diferenças e os correspondentes diplomas legais. O princípio da autonomia privada é tratado primeiramente em tópico separado e a indisponibilidade de direitos é tratada na sequência, para que seja possível uma delimitação do objeto da mediação e, por consequência, quais os limites da autonomia privada. Por fim, aborda-se exclusivamente a relação do princípio da autonomia privada com a mediação para verificarmos sua importância como pilar do instituto, sua relação com os diversos campos da mediação e também a questão da obrigatoriedade da mediação prevista no Código de Processo Civil. Verificou-se, no decorrer do trabalho, que se trata de um equilíbrio delicado a relação compreendida entre a autonomia privada e a necessidade de limitação pelo Estado para a tutela de situações sensíveis.

**Palavras-chaves:** Mediação; Conciliação; Solução de conflitos; Autonomia privada

## ABSTRACT

The current study aims to analyze how mediation relates to private autonomy, including changes resulting from mediation law and Brazilian Code of Civil Procedure, and to show how the institute is currently regulated by national legislation. The current legislative changes on mediation and conciliation demand attention and study by legal operators. Likewise, a new conception of access to justice lead us the need for discussion about methods for conflict resolution, these facts are the main justifications for this research. This study is carried out to show, first of all, a brief vision regarding the conflict, in order to next address general aspects of the mediation and conciliation, mentioning similarities and differences according to the law. The private autonomy principle is first dealt on a separated topic, the unavailability of rights is dealt with sequentially, so that it is possible to delimit the object of mediation and, consequently, private autonomy limits. Finally, the relationship between autonomy private principle and mediation is examined exclusively in order to verify its importance as a pillar of the institute, its relationship with the various fields of mediation, and also the question of the compulsory mediation provided for in the Brazilian Code of Civil Procedure. In the course of the study, it was found that the relationship between private autonomy and the need for State intervention for the protection of sensitive situations it is a very delicated balance.

**Keywords:** Mediation; Conciliation; Conflict resolution; Private autonomy

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>RESOLUÇÃO DE CONFLITOS .....</b>	<b>12</b>
	<b>2.1 O conflito .....</b>	<b>12</b>
	2.1.1 O Conflito como fato humano .....	12
	2.1.2 O que é o conflito? .....	13
	2.1.3 O conflito e a sociedade .....	14
	<b>2.2 Mudança de paradigma para resolução de conflitos. Acesso à justiça .....</b>	<b>18</b>
	<b>2.3 Busca do meio mais adequado à solução de conflitos .....</b>	<b>22</b>
	<b>2.4 Tribunal multiportas .....</b>	<b>24</b>
<b>3</b>	<b>PRINCIPAIS MEIOS CONSENSUAIS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS .....</b>	<b>26</b>
	<b>3.1 Negociação .....</b>	<b>27</b>
	<b>3.2 Mediação .....</b>	<b>28</b>
	3.2.1 Origens .....	28
	3.2.2 Conceito. Mediação e mediador .....	30
	3.2.3 Alguns princípios .....	34
	3.2.4 Benefícios da mediação .....	36
	3.2.5 Mitos da mediação .....	38
	3.2.5.1 Mediação tem a finalidade de “desafogar” demandas do Poder Judiciário .....	38
	3.2.5.2 Mediação é prejudicial ao advogado porque “acaba com o processo judicial” .....	39
	3.2.5.3 Mediar e a política do “deixa disso” – a mediação é uma forma de divisão de prejuízos .....	40
	3.2.5.4 O objetivo da mediação é o acordo .....	41
	<b>3.3 Conciliação .....</b>	<b>42</b>
	<b>3.4 Outros meios de solução de conflitos .....</b>	<b>45</b>
<b>4</b>	<b>ASPECTOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO .....</b>	<b>47</b>
	<b>4.1 Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça .....</b>	<b>47</b>
	<b>4.2 Lei 13.140/2015: Lei de mediação .....</b>	<b>49</b>
	<b>4.3 Principais pontos da conciliação e mediação no Código de Processo Civil .....</b>	<b>52</b>

<b>5</b>	<b>AUTONOMIA PRIVADA .....</b>	<b>56</b>
	<b>5.1 A importância da abordagem principiológica .....</b>	<b>56</b>
	<b>5.2 Autonomia da vontade e autonomia privada: a mudança de paradigma....</b>	<b>59</b>
	<b>5.3 Autonomia privada na atualidade .....</b>	<b>62</b>
	<b>5.4 Autonomia privada nas situações jurídicas não patrimoniais .....</b>	<b>67</b>
	<b>5.5 Liberdade e intervenção estatal .....</b>	<b>70</b>
	<b>5.6 Complexidades da autonomia privada .....</b>	<b>74</b>
<b>6</b>	<b>DIREITOS INDISPONÍVEIS E MEDIAÇÃO .....</b>	<b>78</b>
	<b>6.1 O objeto da transação no Direito Civil .....</b>	<b>78</b>
	<b>6.2 Direitos disponíveis x direitos indisponíveis .....</b>	<b>81</b>
	<b>6.3 A complexidade do artigo 3º da lei de Mediação: a questão dos direitos indisponíveis transacionáveis .....</b>	<b>86</b>
	<b>6.4 Interpretação do artigo 3º da Lei de Mediação o e respeito à autonomia privada .....</b>	<b>91</b>
<b>7</b>	<b>AUTONOMIA PRIVADA E MEDIAÇÃO .....</b>	<b>93</b>
	<b>7.1 Autonomia privada como princípio fundamental da mediação .....</b>	<b>93</b>
	<b>7.2 O princípio da decisão informada .....</b>	<b>97</b>
	<b>7.3 Cláusula de mediação e a autonomia privada .....</b>	<b>99</b>
	<b>7.4 Mediação na área cível e sua integração com a autonomia privada .....</b>	<b>101</b>
	<b>7.5 Mediação no direito de família .....</b>	<b>103</b>
	<b>7.6 O artigo 334 do CPC e o princípio da autonomia privada .....</b>	<b>106</b>
	<b>7.7 Participação do Ministério Público e da Magistratura .....</b>	<b>111</b>
<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>114</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>117</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O conflito é natural e inerente à vida humana em sociedade. Vontades divergentes, entendimentos que se sobrepõem, direitos contrapostos, a existência das pessoas é permeada por situações que envolvem sujeitos com direitos e obrigações. Daí surge o conflito: da necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas incompatíveis.

Então, nada mais natural que os operadores do Direito se ocupem do estudo e do debate das possíveis formas para solução de controvérsias. Se até bem pouco tempo atrás o Poder Judiciário, por meio da decisão judicial, era visto como único solucionador de conflitos na vida moderna, hoje em dia evidencia-se a utilização de outros meios, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação.

Nesse cenário, a conciliação e a mediação despontam como importantes meios autocompositivos para a solução de conflitos. Por meio delas, um terceiro imparcial e habilitado tecnicamente, conduz a comunicação entre as partes facilitando a solução da controvérsia.

Na mediação e na conciliação o poder de decisão para solução de um determinado conflito retorna às partes, que podem analisar as diversas opções e escolher o melhor caminho a ser seguido. Desta forma, torna-se imprescindível a qualificação do sujeito condutor da mediação para que o procedimento seja eficaz e produza resultados coerentes.

No que tange ao avanço da mediação e da conciliação, podemos dizer que em 2010 o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, deu um grande passo ao editar a Resolução 125. A Resolução tem sua importância ao trazer para o cenário nacional o “Tribunal Multiportas”, reconhecendo a importância dos métodos autocompositivos para solução de conflitos. A partir de então a expressão “meios adequados para solução de conflitos” ganha força, evidenciando que a decisão judicial é uma das formas de solução de conflito, mas que existem outros métodos importantes a serem explorados.

O ano de 2015, no entanto, foi o grande marco legislativo para a mediação/conciliação no Brasil. Após intenso desenvolvimento teórico, tivemos publicada no Brasil, em 26 de julho de 2015, a Lei de mediação, que entrou em vigor 180 dias depois. O (na época) “novo” Código de Processo Civil finalmente havia sido publicado em 17 de março de 2015, entrando

em vigor em 18 de março de 2016 e trazendo em seu bojo diversos dispositivos que estimulam (e até obrigam) a utilização da mediação.

Como um dos princípios basilares da mediação, que é o tema central do presente trabalho, temos a autonomia privada, princípio que, como veremos, é uma adequação da autonomia da vontade com valores supremos do ordenamento. Aliás, optou-se por primeiramente discorrer sobre o princípio para depois ingressar na sua tratativa perante o instituto da mediação. Dessa forma, buscou-se analisar em quais aspectos o princípio da autonomia privada interfere na mediação.

As modernas reflexões a que o Direito vem sendo exposto, nos levam a estudar e repensar os mesmos institutos com um olhar diferenciado. O período inaugurado após o fim da 2ª guerra mundial, e no Brasil marcado principalmente com a entrada em vigor da Constituição de 1988, propõe uma análise de todos os institutos do direito com foco em valores supremos do ordenamento, alinhados com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entendemos que é essencial a compreensão de que a via judicial não deve ser a única opção para solução de conflitos uma vez que enfrenta dificuldades para lidar com as situações cada vez mais complexas apresentadas por nossa sociedade. O Poder Judiciário, apesar dos inúmeros esforços, não consegue atender à demanda crescente de litígios com a rapidez e eficiência necessárias. Nesse cenário outros meios para solução de conflitos devem ser considerados com o objetivo de amenizar esse descompasso. Desta forma, resta cristalina a importância de uma análise crítica e do debate dos institutos em questão, a fim de extrair-lhes sua contribuição para o Direito.

Em síntese, o presente trabalho analisa o instituto da mediação sob a ótica do princípio da autonomia privada e encontra-se dividido em 8 capítulos, sendo o primeiro capítulo dedicado à introdução e o oitavo às considerações finais.

Após a introdução, o segundo capítulo destina-se a abordar a descrição do conflito e sua relação com a sociedade, para depois tratarmos da mudança de paradigma no que tange a solução de conflitos, em busca do seu tratamento adequado, bem como a evolução do conceito de acesso à justiça e o conceito do Tribunal multiportas.

O terceiro capítulo apresenta os principais meios consensuais para solução de conflitos, trazendo os institutos da negociação, conciliação e mediação, sendo que, para esse último, apresenta maiores detalhes em razão de ser o tema central do presente trabalho.

Os aspectos normativos da mediação são apresentados no quarto capítulo, que aborda a Resolução 125 do CNJ, a Lei de Mediação (13.140/2015) e os principais pontos da conciliação e da mediação no Código de Processo Civil.

Dedica-se, o quinto capítulo, ao estudo da autonomia privada, tratando da evolução conceitual do princípio, partindo da autonomia da vontade, em busca de um conceito moderno para delimitar seu conteúdo ante a necessária intervenção estatal.

O sexto capítulo traz a temática da indisponibilidade de direitos, onde se apresenta a questão dos direitos disponíveis e indisponíveis e trata do artigo 3º da lei de mediação, que delimita o objeto da mediação, permitindo sua realização em direitos indisponíveis transacionáveis.

O sétimo capítulo, por fim, possui foco nos aspectos da mediação relacionados à autonomia privada, trata do princípio da decisão informada, relaciona diversos campos de atuação da mediação com a autonomia privada e também menciona a obrigatoriedade da mediação como fase processual nos termos do artigo 334 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, apresenta-se como a mediação se relaciona com o princípio da autonomia privada, abordando as peculiaridades advindas do tema.

## **2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O tema central do presente trabalho consiste no estudo da mediação e como ela se relaciona com o princípio da autonomia privada. A mediação apresenta-se como uma possibilidade para resolução consensual de conflitos, assim, nada mais natural que seja dedicado um capítulo inicial para o estudo do conflito. A descrição de como a sociedade enfrenta a existência de conflitos e como, nos últimos anos, apresentou uma significativa alteração no que diz respeito às formas de resolução, é relevante para que possamos compreender qual o cenário em que os meios autocompositivos se desenvolvem.

### **2.1 O conflito**

#### **2.1.1 Conflito como um fato humano**

A teoria do contrato social, defendida por John Locke e Jean Jacques Rousseau, defende que os homens viviam em um estado natural, e que acordaram em delegar parte de sua liberdade ao Estado para que fossem possíveis o progresso e a paz social. Assim, por meio do contrato social, o homem aceitaria viver em sociedade, abrindo mão de parte de sua liberdade em favor do Estado, para que houvesse paz e prosperidade. E, como forma de se assegurar a ordem estabelecida existe, então, a necessidade de estabelecer uma penalidade para aquele que descumpra os direitos e obrigações impostos pelo Estado.

O contrato social nega que o estado de sociedade seja fato da natureza e considera como se fosse uma invenção humana. O Estado é invenção do homem, a lei é invenção do homem.

Por outro lado, outras teorias com fundamento mais antigo, inspiradas em Aristóteles, entendem que o homem por ser naturalmente sociável, busca espontaneamente o apoio de uma comunidade para que possa sobreviver. Tais teorias levam em consideração o fato de que o ser humano quando nasce, se não tiver outrem para prover suas necessidades básicas de alimento e abrigo, não sobrevive. Daí, teríamos que o homem é um ser eminentemente social, que é praticamente forçado a viver em sociedade por questões, acima de tudo, biológicas.

Assim, da convivência do homem com o homem, da necessidade de sobrevivência e do fato de que os homens defendem suas necessidades, surge o conflito.

A despeito de todas as teorias que explicam o fundamento do Direito, as quais não cabe analisarmos detalhadamente no presente trabalho<sup>1</sup>, podemos chegar a uma conclusão elucidada por Petrônio Calmon: “os homens lutam entre si. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência”<sup>2</sup>. Eis que, então, o fato é que os seres humanos, em sociedade, vivem frequentemente enfrentando conflitos decorrentes de divergências de pensamentos, opiniões, direitos, interpretações, vontades, crenças, dentre outras razões.

Além disso, quaisquer que sejam os fundamentos considerados também podemos chegar a uma segunda conclusão: as normas nem sempre são cumpridas de forma espontânea. Dessa forma, a existência pura e simples da norma não é suficiente para pacificação social<sup>3</sup>.

### 2.1.2 O que é o conflito?

O conflito se apresenta ordinariamente na convivência social. É inevitável e perpétuo em todas as interações humanas<sup>4</sup>. Os seres humanos, por naturalmente conviverem em sociedade, deparam-se com divergências, sendo elas oriundas da lesão de um direito, da interpretação ou do alcance de alguma norma, de um contrato não cumprido, enfim, por inúmeras razões.

Da mesma forma que o conflito pode ser visto negativamente, como algo a ser evitado a qualquer custo, pode-se também fomentar a perspectiva de como o conflito pode ser utilizado para contribuir para o desenvolvimento das relações humanas e interações sociais<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Em que pese a relevância de tais teorias para o Direito o presente trabalho optou por não as abordar em razão do recorte metodológico que é foco do presente estudo.

<sup>2</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 14.

<sup>3</sup> Ibid. p. 15.

<sup>4</sup> SIMPSON, Alan. **The role of Law in Conflict Management**. Disponível em <https://www.mediate.com/articles/simpson.cfm>.

<sup>5</sup> Ibid.

Conforme definição apresentada pelo Manual de Mediação do CNJ: “O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”<sup>6</sup>.

Nos dias atuais a complexidade e a extensão dos conflitos vêm aumentando sobremaneira. Seja em razão das novas possibilidades de contato social, seja em razão dos negócios jurídicos mais modernos, ou até mesmo das novas tecnologias, o fato é que o contato humano tem ocorrido por formas mais intensas e numerosas e isso aumenta as possibilidades de divergências.

Interesses contrapostos, objetivos, formas de pensamento, opiniões, dentre outros múltiplos fatores que são fomentadores para relações interpessoais igualmente fornecem elementos para que se instaure um conflito.

Assim sendo, podemos dizer que o conflito surge da necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas incompatíveis. Quando, entre duas ou mais pessoas, temos posicionamentos distintos que mais divergem do que convergem. A comunicação entre os interessados, uma vez ausente ou falha, tem o poder de agravar o conflito.

### 2.1.3 O conflito e a sociedade

A sociedade moderna é apresenta um número expressivo de conflitos. A quantidade de pessoas que convivem juntas, a finitude e escassez de recursos para satisfação das necessidades dos homens, bem como a concentração de riquezas nas mãos de poucos contribuem para o aumento de situações conflituosas<sup>7</sup>.

Conforme mencionamos anteriormente, geralmente o conflito é abordado como algo negativo, ligado a perdas. De acordo com o Manual de Mediação Judicial do CNJ, as pessoas usualmente associam a palavra conflito às seguintes palavras: guerra, briga, disputa, agressão, tristeza, violência, raiva, perda<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (org.), **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 49 – citando Cf. YARN, Douglas H. **Dictionary of Conflict Resolution**. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999. p. 113.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 33 e 34.

<sup>8</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. op.cit. p. 49.

Contudo, podemos afirmar que o conflito apenas está relacionado como um fenômeno negativo nas relações humanas? Certamente que não<sup>9</sup>. Enquanto muitos estudiosos visualizam o conflito como uma enfermidade, outros veem como um elemento essencial para evolução da humanidade<sup>10</sup>. Do conflito podem surgir diversas oportunidades para crescimento, amadurecimento, mudanças. Pode, até mesmo, estar por trás de um sentimento bom, de cuidado, de afeto, como por exemplo a mãe que repreende o filho que chegou tarde em casa. Através desse conflito na maioria das vezes vemos uma mãe que zela pela segurança de seu filho.

Dessa forma, é essencial para uma cultura de pacificação, a compreensão de que o conflito tem seu lado positivo, para isso, no entanto, é necessário enxergar além do que é verbalizado pelas partes conflitantes. Projetar no conflito uma oportunidade de pacificação, lidando com ele da melhor forma possível, com o mínimo desgaste necessário<sup>11</sup>. Deixar de lado a polarização “certo e errado” é um desafio, mas também é uma oportunidade para que as partes possam refletir sobre o conflito e chegar a um consenso. Assim, teremos uma visão construtiva do conflito.

A socióloga Annie Dymetman assegura que em todo lugar onde existem diferenças, o conflito também acontece, e, como viver é estar no mundo e diferenciar-me dos demais, o conflito sempre está lá, construído pela percepção de mundo dos indivíduos. Quando as pessoas entendem essa dinâmica, elas ficam aptas a dissolver essas percepções e dissolver os conflitos. Os conflitos são desenhados pelas formas de olhar das pessoas, se originam de suas percepções, e essas formas podem ser por elas mesmas alteradas, dissolver essa percepção seria a chave para dissolver o conflito<sup>12</sup>.

Elena Highton e Gladys Álvarez alertam que, ainda que tenhamos uma visão positiva sobre o conflito, existe um limite na quantidade de conflitos que uma sociedade pode tolerar:

O conflito ocupa tempo e energia que poderiam ser canalizadas em outras preocupações. Um grupo, uma organização ou um país pode se envolver em tanta controvérsia que os impeça de resolver demandas básicas, diminuindo sua produtividade industrial. O mesmo para as pessoas que perdem sua

---

<sup>9</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (org.), **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 50.

<sup>10</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. p. 46.

<sup>11</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 53.

<sup>12</sup> DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

eficácia individual e sua energia positiva, já que o conflito tende a enfraquecer seus protagonistas<sup>13</sup>.

Dessa forma é essencial buscar um nível de estabilidade para que os conflitos sejam mantidos dentro de certos limites, de modo que não haja prejuízo para o desenvolvimento de atividades úteis<sup>14</sup>.

Ora, por ser natural e próprio do ser humano, também devemos considerar que o conflito não é um evento isolado e estático, mas sim dinâmico e está sujeito a constantes alterações. Diz respeito a pessoas em desavença e que qualquer mudança no que tange ao comportamento das mesmas apenas pode ser obtida melhorando a comunicação<sup>15</sup>. Elena Highton e Gladys Álvarez definem que: “O conflito é um processo essencialmente dinâmico, sujeito a permanentes transformações desde seu nascimento até sua resolução”<sup>16</sup>. Temos, assim, que a forma como as partes conflitantes interagem vai moldando o conflito, e cada conduta posterior é uma consequência da conduta anterior de seu oponente, o conflito vai aumentando na medida em que as partes não obtenham sua resolução satisfatória, conseqüentemente eleva o envolvimento emocional, de hostilidade e de atos negativos que praticam um contra o outro<sup>17</sup>.

Ainda, e de forma muito relevante, devemos considerar que a emoção possui influência avassaladora na forma de visualizar o conflito. Nas palavras de Lia Regina Castaldi Sampaio: “Componentes emocionais modificam a sensação e a percepção. A percepção recebe grande influência da emoção do momento, por exemplo, no que se interpreta em um acidente ou uma briga”<sup>18</sup>. A autora menciona também que o estado emocional influencia diretamente sobre os mecanismos de atenção seletiva, confirmando as percepções de forma a se ajustarem aos sentimentos da pessoa e que, até mesmo, tem poder de atuar sobre a memória, embaralhando ou apagando informações. Podemos mencionar como exemplo um

---

<sup>13</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. p. 48.

<sup>14</sup> Ibid. p. 48.

<sup>15</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta; JONATHAN Eva. **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 72.

<sup>16</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. op. cit. p. 53.

<sup>17</sup> Ibid. p. 53.

<sup>18</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Teoria geral do conflito – visão da psicologia**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 320.

conflito que versa sobre a separação de um casal em que os momentos felizes são ignorados, lembrando os envolvidos apenas dos momentos difíceis<sup>19</sup>.

Dentre os tipos de conflito podemos mencionar o conflito latente, que é aquele que ainda não se manifestou; o conflito manifesto, que é aquele que está expresso; o conflito objetivo, consiste na parte do conflito que pode ser expressado por valores mensuráveis, disputa de coisas, valores monetários; e o conflito subjetivo que é a parte do conflito contida nas relações, representada por meio de emoções, sentimentos, coisas que não podem ser valoradas, intenções, o conflito subjetivo influencia no conflito objetivo<sup>20</sup>.

E ainda não podemos deixar de mencionar a questão cultural. Nós crescemos estimulados pela cultura da competição, em vez da cultura da colaboração. Até mesmo em atividades escolares, na mais tenra idade, muito se compete e pouco se coopera. Quando chegamos aos bancos acadêmicos a cultura do litígio impera, o advogado acaba tendo uma formação bastante combativa, apenas recentemente têm-se incluído nas faculdades uma disciplina para meios adequados à solução de conflito, onde são apresentadas a mediação, a conciliação, a arbitragem. Então caminhamos em pequenos passos<sup>21</sup>.

Oportunamente, seguem as palavras de Petrônio Calmon:

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual tão somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução<sup>22</sup>.

Pelo conflito ser intrínseco ao homem, por ser cada vez mais recorrente ante as novas formas de contato entre as pessoas, é que estudar modos para solução de litígios mostra-se essencial para o operador do Direito. Podemos ainda considerar como elemento importante nesse cenário a crescente insatisfação do jurisdicionado com o Poder Judiciário em razão do interminável volume de processos submetidos todos os anos e a conseqüente demora na solução dos mesmos.

---

<sup>19</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Teoria geral do conflito – visão da psicologia**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 323.

<sup>20</sup> Ibid. p. 321.

<sup>21</sup> O Ministério da Educação, no final de 2018, ao homologar parecer do Conselho Nacional de Educação (parecer 635), incluiu como disciplina obrigatória “Mediação, conciliação e arbitragem” nas faculdades de Direito. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/mec-mantem-curso-direito-anos-aprova-novos-cursos> - consultado em 24/02/19.

<sup>22</sup> CALMON. Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 19.

Considera-se ainda que um dos papéis mais importantes do mediador consiste em informar aos indivíduos que conflitos são comuns à existência humana, e que eles podem apresentar-se como oportunidade para mudanças. Ajudar a enxergar o lado positivo do conflito é um grande passo para construção do raciocínio de separar as pessoas dos problemas<sup>23</sup>. Visualizando o problema de forma isolada, as partes possuem a oportunidade de praticar a empatia e construir inúmeras hipóteses de solução. A solução conjunta do conflito surge como uma forma bastante interessante para solução de problemas. Apresentar essa vantagem aos envolvidos é um grande passo a caminho da composição.

## 2.2 Mudança de paradigma para resolução de conflitos. Acesso à justiça.

Conforme visto anteriormente, o conflito é inevitável nas interações humanas. Tradicionalmente era visto como algo negativo, que deveria ser combatido a todo custo uma vez que uma das funções primordiais do direito é a de solucionar controvérsias<sup>24</sup>. Assim, Alexandre Araújo Costa menciona que “a única reação adequada ao conflito é busca de sua anulação, dado que a sociedade harmônica é aquela em que não há conflitos e tensões”<sup>25</sup>, e ainda, continua:

E como o direito pode anular os conflitos? A estratégia jurídica básica é a de estabelecer juízes, que decidem os conflitos mediante sua autoridade. Mas, em uma sociedade de homens iguais, os juízes não podem decidir de acordo com suas convicções pessoais, mas precisam aplicar padrões objetivos previamente fixados. Portanto, é preciso haver normas jurídicas que estabeleçam os padrões de julgamento.

Simplificada de maneira quase grosseira, essa é uma descrição do direito moderno e de sua articulação com o individualismo moderno: os indivíduos têm interesses pessoais, esses interesses entram em choque, esses choques devem ser anulados mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas por juízes imparciais<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Conforme FISCHER, Roger; URY William; PATTON Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. tradução de Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges – 2ª ed. revisada e ampliada - Rio de Janeiro. Imago Ed., 2005. p. 39 – 62. Na obra os autores apresentam técnicas de negociação baseada em princípios, desenvolvidas no Projeto de Negociação de Harvard.

<sup>24</sup> AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos>. Acesso em 15.04.2019. p. 161-201. p. 161

<sup>25</sup> Ibid. p. 161.

<sup>26</sup> Ibid. p. 162.

Entretanto, o que temos observado, hoje em dia, são mudanças significativas na tratativa dos conflitos.

A crescente insatisfação do jurisdicionado com a resposta dada pelo Estado para a solução de conflito, a lentidão processual e os respectivos altos custos, bem como a incerteza do resultado, são características do sistema judiciário que não são exclusivos no Brasil<sup>27</sup>. Nos dizeres de João Baptista de Mello e Souza Neto: “Nada mais frustrante para o juiz do que perceber que a parte que detém a razão não consegue implementá-la; idem para o advogado. Imaginem o próprio litigante o que não sente encontrando-se nessa situação”<sup>28</sup>.

Ainda, conforme Ricardo Pereira Júnior:

Nesse ambiente mutável, dinâmico, que demanda energia e velocidade de decisão, o Judiciário permanece com a mesma estrutura que tinha no século XIX e início do século XX. Procura resolver enorme quantidade de litígios gerada em uma lógica de produção em massa, mas trabalha com métodos artesanais de solução de conflitos, caso a caso, pelo processo. Experimenta progressiva e incontestável demanda de serviços da qual não consegue dar cabo. É visto como um poder antiquado, que não mais atende às expectativas da cidadania moderna. É vítima, no dizer de Frédéric Zenati, de seu próprio sucesso, experimentando uma expansão vertiginosa de demanda<sup>29</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth indicam na obra “Acesso à justiça”, que o conceito do acesso à justiça tem sofrido transformações importantes, refletindo no estudo e no ensino do processo civil<sup>30</sup>.

Antigamente o acesso à justiça significava apenas um direito formal, ou seja, a garantia legal de que qualquer pessoa poderia propor demanda ou contestar. Consistia em um direito natural do cidadão, anterior ao Estado que deveria apenas e simplesmente garantir que tal direito não seria infringido – constituição de uma liberdade negativa, não necessitando o Estado realizar conduta visando sua concretização<sup>31</sup>:

A justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só poderia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso

---

<sup>27</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. 2ª.ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

<sup>28</sup> Ibid. p. 5.

<sup>29</sup> PEREIRA JÚNIOR, Ricardo. **Judiciário e Modernidade: Ordem jurídica, Tempo, Espaço e Atuação da Justiça**. São Paulo, editora da Universidade de São Paulo, 2016. p. 136.

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 9.

<sup>31</sup> Ibid. p. 9.

formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva<sup>32</sup>.

A mudança observada diz respeito ao fato de que a titularidade de direitos vale muito pouco se não vier acompanhada de formas que garantam sua aplicação: “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”<sup>33</sup>.

O acesso à justiça, portanto, em uma concepção moderna, consiste em um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário<sup>34</sup> e deve restar assegurado aos indivíduos. Na expressão de Kazuo Watanabe “um acesso qualificado que propicie aos indivíduos acesso à ordem jurídica justa<sup>35</sup>”, de forma efetiva, tempestiva e adequada<sup>36</sup>. As recentes alterações na tratativa dos conflitos, irá certamente proporcionar a substituição paulatina da cultura da sentença pela cultura da pacificação<sup>37</sup>.

Certo é que três iniciativas ou ondas são mencionadas com o objetivo de buscar a efetividade do acesso à justiça. A primeira onda consiste na quebra da barreira econômica na fruição de direitos, por meio da assistência judiciária gratuita para aqueles que não possuem meios de litigar sem comprometer sua subsistência. A segunda onda é encontrada na viabilização da defesa de interesses de grupo, difusos e coletivos, o que é possível através de ações populares ou coletivas. A terceira onda trata exatamente do combate ao obstáculo processual, através da expansão de meios “que reduzam o congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos da maioria dos Estados”<sup>38</sup>.

Outro aspecto a ser observado é que a resolução de conflitos tem ficado, nos últimos anos, cada vez mais customizada<sup>39</sup>. Busca-se uma solução 360º da controvérsia. Em primeiro lugar, devemos voltar nossos olhos para a prevenção do conflito, e, uma vez instaurado o

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002 p. 10.

<sup>33</sup> Ibid. p. 11.

<sup>34</sup> Ibid. p. 12.

<sup>35</sup> WATANABE Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em 24.02.2018.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> WATANABE Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Coord. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: Ed. DJP, 2005. p. 27.

<sup>38</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 72.

<sup>39</sup> Fernanda Levy menciona que o mediador pode elaborar, caso a caso, um plano de desenvolvimento de mediação construído em etapas sequenciais que vão sucedendo com fluidez. Assim sendo, cada conflito demandaria um planejamento específico. (LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148).

conflito, devemos cuidar para evitar a escalada. Como objetivo final entendemos que essa visão do conflito busca a resolução do conflito e a preservação das relações. Busca-se uma solução eficaz para os conflitos.

Dessa forma, entendemos cabe ao advogado auxiliar seu cliente na busca pelo consenso. É também necessário esclarecer que consenso não é uma solução que busca uma exata conformidade entre ideias, isso se torna impossível quando existem vários interesses em jogo, mas consenso aqui figura no desenho de uma realidade com a qual as partes possam conviver. Na era da informação, o advogado moderno busca esclarecer seu cliente e orientá-lo acerca das possíveis formas de solução de conflitos, com suas vantagens e desvantagens.

A imagem do profissional advogado usualmente está ligada à conflitos, não à resolução de conflitos, contudo, novas necessidades estão surgindo, e para atendê-las o profissional deve estar preparado para analisar o problema do cliente e apresentar a ele as diversas opções para solução. Para Julie Macfarlane:

*While lawyers often assert the declining trial rate demonstrates their ability to ultimately settle almost all their cases before trial, even beginning litigation may be an unattractive and unrealistic option for a cliente who wants an expeditious and practical solution at a reasonable cost. To be effective and successful in practice, the lawyers of the twenty-first century must find other ways to meet their clients' best aspirations – the achievement of effective, appropriate, and sustainable outcomes within a reasonable time frame rather than years tied up in legal procedures, draining their resources, and chasing an apparition of vindication and victory<sup>40</sup>.*

Dessa forma, os advogados cada vez mais vem performando diferentes papéis, oferecendo serviços individualizados aos seus clientes e protagonizando tarefas diferenciadas. É exigido desse profissional que ele saiba, além de litigar, solucionar problemas na prática<sup>41</sup>.

É nesse cenário, na solução consensual do conflito, que o Estado sai de um papel intervencionista para transformar-se em um grande incentivador do diálogo, possibilitando o fortalecimento da pacificação social<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Em uma tradução livre: Embora os advogados muitas vezes afirmem que as taxas de julgamento vem caindo o que demonstraria suas habilidades de resolver quase todos os casos antes do julgamento, até mesmo iniciar um processo pode ser uma opção irrealista e pouco atraente para um cliente que deseja uma solução rápida e prática a um custo razoável. Para serem eficazes e bem-sucedidos, na prática, os advogados do século XXI devem encontrar outras maneiras para melhor atender às aspirações de seus clientes – a obtenção de resultados eficazes, adequados e sustentáveis, dentro de um prazo razoável, ao invés de anos amarrados em procedimentos legais que drenam seus recursos, perseguindo uma aparente verdade e vitória. (MACFARLANE, Julie. **The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law**. Canada, The University of British Columbia, 2008. p. 1 – 2).

<sup>41</sup> MACFARLANE, Julie. **The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law**. Canada, The University of British Columbia, 2008. p. 9.

### 2.3 Busca do meio mais adequado à solução de conflitos

Apesar de não haver consenso na determinação das causas para uma chamada “crise” na Justiça, nota-se uma clara desproporção entre a oferta de serviços que o Poder Judiciário provê e a quantidade de demandas a serem resolvidas<sup>43</sup>. Certamente o Poder Judiciário tem atuado bravamente na melhora da prestação dos serviços jurisdicionais, mediante a adoção de políticas diferenciadas, mecanismos para controle de qualidade da atuação do Judiciário, modernização do judiciário principalmente com a implementação do processo eletrônico, dentre outras louváveis iniciativas. Propõe-se, contudo, a união de esforços e, nas palavras de Petrônio Calmon:

(...) voltar os olhos para outras formas de solução dos conflitos, abrindo-se a oportunidade, em especial, para o estudo sistemático dos mecanismos para a obtenção da autocomposição, com vistas à sua adoção em larga escala, permitindo à sociedade que deles se utilize livremente<sup>44</sup>.

Em razão das peculiaridades intrínsecas aos conflitos é que não podemos admitir que exista apenas uma única forma de solucioná-los. O Estado, quando lhe é submetida alguma demanda, tem por objetivo apenas a finalização do processo. André Gomma de Azevedo adverte que as partes, quando recorrem ao Poder Judiciário auxílio para solução de suas controvérsias, frequentemente têm o conflito agravado ante procedimentos codificados e engessados juridicamente, brilhantemente teóricos, contudo, “no cotidiano, acabam por muitas vezes se mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito”<sup>45</sup>.

É por essa razão que se menciona que para cada tipo de conflito teríamos uma solução mais adequada. Assim como na medicina temos um tratamento médico e medicação correspondente para cada doença o mesmo ocorre com o conflito: cada tipo de conflito enseja alguma ou algumas soluções que lhes são mais pertinentes. Conforme Kazuo Watanabe:

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

---

<sup>42</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 5.

<sup>43</sup> Ibid. p. 3.

<sup>44</sup> Ibid. p. 4.

<sup>45</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (org.), **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 57.

conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário<sup>46</sup>.

Visando, portanto, não apenas colocar fim à controvérsia, mas resolvê-la de forma adequada, buscando a pacificação social e evitando-se a propagação do conflito é que notamos a expansão de meios como a mediação e a conciliação. Por meio deles busca-se a solução da relação conflituosa por meio do diálogo, da valorização da autonomia privada das partes na solução de conflitos, no fomento da visão colaborativa em que os envolvidos atuam como protagonistas e não delegam a um terceiro a solução do seu problema.

Petrônio Calmon, ao mencionar a classificação apresentada por Niceto Alcalá Zamora Y Castillo, diz existir três possíveis soluções para um conflito: a autotutela, a autocomposição e o processo<sup>47</sup>.

Na autotutela o conflito é resolvido de forma discricionária por uma das partes, utilizando-se, em alguns casos, da força ou da esperteza. Como regra geral, a autotutela é proibida, permitindo o ordenamento jurídico algumas exceções, como por exemplo, a autotutela em matéria possessória, prevista no artigo 1.210, parágrafo 1º do Código Civil.

A autocomposição, por sua vez, pode chegar a três resultados: renúncia, submissão e transação e ocorre quando a parte sacrifica, ainda que apenas uma parte, o próprio interesse<sup>48</sup>. Por fim, a terceira forma de solução é o processo, realizado pelo Estado por meio do Poder Judiciário.

Francisco José Cahali divide as formas de solução de conflito em autocompositivas e heterocompositivas<sup>49</sup>. As formas heterocompositivas pressupõem a existência de uma terceira pessoa, imparcial, que decidirá o conflito. Podemos citar aqui as decisões judiciais e a arbitragem<sup>50</sup>.

Como formas autocompositivas menciona-se a negociação, a mediação e a conciliação, tais métodos de solução de conflito serão detalhados adiante. Adiantamos, contudo, que autocomposição advém da própria natureza humana, da necessidade de colocar fim a qualquer conflito existente para viver harmonicamente: “Sabe-se que a autocomposição

---

<sup>46</sup> WATANABE Kazuo. **Modalidade de mediação**. p. 43 – 50. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 17.04.2019. p. 46.

<sup>47</sup> CALMON. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 23.

<sup>48</sup> Ibid. p. 24.

<sup>49</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 45.

<sup>50</sup> Ibid. p. 45.

é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer viver em paz”<sup>51</sup>.

Desta forma, a autocomposição geralmente se apresenta como uma primeira alternativa, como algo desejado pelas partes assim que o conflito se apresenta. Ocorre que, em muitos casos, a comunicação utilizada por elas acaba sendo ineficiente, o desgaste impossibilita que elas, por si próprias, enxerguem a solução. Aliás, o desgaste prévio existente na relação, muitas vezes, impossibilita até mesmo o início da discussão de possíveis alternativas para o problema que se apresenta.

Para Petrônio Calmon, “Autocomposição é a solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito”<sup>52</sup>.

## 2.4 Tribunal multiportas

É atribuída a Frank Sander, de Harvard, em palestra realizada em 1976, o conceito de uma corte de múltiplas portas (*multidoor courthouse*). Nesse sentido, o Tribunal teria por papel incentivar, apoiar e induzir a resolução de conflitos por meios adequados, dentre eles a negociação, a mediação, a conciliação a arbitragem, dentre outros<sup>53</sup>.

Conforme Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini:

O Sistema Multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 6.

<sup>52</sup> Ibid. p. 47.

<sup>53</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 71.

<sup>54</sup> LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “**Sistema Multiportas**”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação em Direito*. Coord. SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Editora Gen – Método: São Paulo, 2012. p. 61.

A Resolução 125 do CNJ, que será objeto de análise adiante, formalizou na ordem jurídica nacional, tal importante conceito. Atribui-se à Kazuo Watanabe a iniciativa de sua realização, efetivada pelo Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisa Judiciária<sup>55</sup>.

No contexto do Tribunal Multiportas, cabe ao Judiciário o gerenciamento dos conflitos, uma vez que a resolução poderá se dar por meio das diversas “portas” que são ofertadas aos jurisdicionados. O Tribunal Multiportas, nos dizeres de Francisco José Cahali, consiste no:

(...) sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais a restrita oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa, etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito<sup>56</sup>.

A utilização do método mais adequado contribui para autorresponsabilização e autonomia das partes, que passam a participar ativamente da solução do conflito, o que potencialmente aumenta o nível de satisfação dos conflitantes. Assim, as partes visualizam além da sua responsabilidade pelo surgimento do conflito, a oportunidade de construir um consenso satisfatório. Tal ferramenta proporciona o protagonismo e empoderamento dos envolvidos: ao juiz, mediadores, advogados e demais operadores caberá papel secundário, consistente na contribuição para o diálogo e retomada da comunicação.

Estrutura-se, então, um sistema de Justiça ampliado, estimulando-se a sociedade a utilização de novos meios para tratamento de conflitos “reservando a estrutura tradicional do Judiciário para demandas que só ali podem encontrar solução, agora com maior tempo de apreciação”<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 64.

<sup>56</sup> Ibid. p. 67.

<sup>57</sup> ABREU, Alexandre Lopes de. **O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do Direito**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018. p. 441.

### 3 PRINCIPAIS MEIOS CONSENSUAIS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Ada Pellegrini Grinover menciona que “o principal fundamento da justiça conciliativa é a pacificação”<sup>58</sup>. Através dos meios consensuais não há imposição de solução qualquer, são as próprias partes que por si próprias, mediadas ou não por um terceiro, chegam a uma resposta para seu conflito.

Nos meios autocompositivos o conflito é solucionado de forma consensual, de forma que o resultado pode ser controlado e avaliado pelos envolvidos. Privilegia-se a autonomia privada, a liberdade de escolha e de decisão. Por serem meios facultativos, as partes podem, a qualquer momento, abandonar, suspender ou retomar as negociações. Não há uma terceira pessoa que decide<sup>59</sup>, que dá a solução, são as partes que analisam e debatem o assunto, chegando a um denominador comum.

Os meios abordados no presente capítulo são a negociação, a mediação e a conciliação. Os três consistem em meios autocompositivos para a solução de conflitos, sendo que a mediação e a conciliação contam com a participação de uma terceira pessoa que auxilia na comunicação, o que não ocorre na negociação.

Na mediação/conciliação, embora não atue prolatando uma decisão, o terceiro imparcial que auxilia as partes (mediador/conciliador) tem função importantíssima no que diz respeito a facilitar a retomada da comunicação e auxiliar as partes na composição de um eventual acordo. Conforme Francisco José Cahali “O terceiro aqui comparece em posição equidistante das partes para ajudá-las a encontrar a melhor solução para o conflito”<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> A autora refere-se aos meios autocompositivos para solução de conflito em geral. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 66.

<sup>59</sup> Os meios em que a decisão é tomada por terceira pessoa são classificados como heterocompositivos, a título de exemplo podemos mencionar a própria decisão judicial e a arbitragem.

<sup>60</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 48.

### 3.1 Negociação

A negociação difere-se da conciliação e da mediação pela inexistência de uma terceira pessoa que irá intermediar o processo. Na negociação, as partes buscam diretamente, por si ou por representantes, a solução de seu conflito. Conforme Francisco José Cahali:

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam as oportunidades e situações de confronto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição e, para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e, em certa medida, equitativas, caso contrário será rejeitado por uma das partes<sup>61</sup>.

Na definição de Fischer, Ury e Patton, negociação é um meio básico de se conseguir algo de outra pessoa: “É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos”<sup>62</sup>.

A negociação está presente no dia a dia. Geralmente é a primeira opção a que as pessoas recorrem para resolver conflitos. A possibilidade de um processo judicial demorado e desgastante ou ainda uma arbitragem, acompanhado da incerteza dos resultados desses meios, podem fazer com que os conflitantes prefiram negociar diretamente em vez de entregar a resolução do conflito a uma terceira pessoa<sup>63</sup>.

Com uma negociação bem conduzida as partes podem resolver o conflito e ainda criar novas oportunidades de negócios em uma visão a longo prazo. Existem várias técnicas de negociação e nota-se o aumento das práticas negociais éticas, mirando em relacionamentos autossustentáveis.

Dentre essas formas mencionamos a negociação baseada em princípios, desenvolvida no Projeto de Negociação de Harvard. Tal sistemática sugere que o negociador, sempre que possível, foque em buscar ganhos mútuos para ambos os lados, por meio de uma negociação ética, sem truques ou dissimulações e com um resultado razoável para os envolvidos<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 47.

<sup>62</sup> FISCHER, Roger; URY William; PATTON Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. tradução de Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro. Imago Ed., 2005. p. 9.

<sup>63</sup> SIOUF FILHO, Alfred Habib. **Negociação para resolução de controvérsias**. In: Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação em Direito. Coord. SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI Marco Antônio Garcia Lopes. p. 88.

<sup>64</sup> FISCHER, Roger; URY William; PATTON Bruce. op. cit. p. 18.

Verifica-se, na prática, que é possível tratar muitas disputas por meio da negociação e, seus ganhos, por meio de concessões mútuas, parecem atingíveis desde que as partes se utilizem de boa-fé e explorem, pacientemente, as possibilidades de vantagens recíprocas<sup>65</sup>.

A proposta é que os negociadores sejam mais eficientes, afastando-se de uma postura combativa, aproximando-se de um enfoque cooperativo, onde os negociadores trabalham juntos, com criatividade, compreendendo os interesses mútuos e criando opções que atendam aos principais interesses de todos<sup>66</sup>.

## 3.2 Mediação

### 3.2.1 Origens

Ao que tudo indica, o conflito se manifesta em todas as relações humanas em todas as sociedades. Quando a história passou a ser escrita, evidenciaram-se disputas envolvendo crianças, cônjuges, pais, filhos, grupos étnicos, comunidades, nações<sup>67</sup>. Assim, graças à presença de conflitos, as pessoas sempre trataram de encontrar meios para solucioná-los<sup>68</sup>. Por isso é tão difícil precisar uma raiz histórica exata para o nascimento da mediação.

A mediação é milenar. Não é difícil nos remetermos à figura ancestral do sábio, aquela pessoa mais experiente do grupo, pacificadora, que ouve a todos de forma imparcial a quem o grupo recorre para auxílio na busca de conselhos e na solução de conflitos<sup>69</sup>.

Christopher Moore menciona a passagem bíblica que afirma que Jesus é um mediador entre Deus e o homem: “Pois há um só Deus e um só mediador entre Deus e os homens: o homem Cristo Jesus, o qual se entregou a si mesmo como resgate por todos. Esse foi o

---

<sup>65</sup> MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. Coord. Kenneth J. Arrow et al. – São Paulo: Saraiva, 2011 – série GV law. p. 46.

<sup>66</sup> WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. *Harvard Business Review* – tradução de Roberto Grey. Rio de Janeiro: sextante, 2018. p. 15 – 16.

<sup>67</sup> MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 25.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 25.

<sup>69</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

testemunho dado em seu próprio tempo” – I Timoteo 2:5-6<sup>70</sup>. Na sequência, o autor menciona o papel da igreja e do clero como mediadores na sociedade.

Moore segue afirmando que a história da mediação também se desenvolveu, de forma ainda mais ampla na China e no Japão, principalmente levando-se em consideração a cultura oriental, cuja religião e a filosofia empregam muita importância ao consenso e a busca pelo equilíbrio e harmonia nas relações humanas<sup>71</sup>. Nas palavras de Águida Arruda Barbosa:

A mediação tem tradição milenar entre os povos antigos. Entre os judeus, chineses e japoneses, a mediação faz parte da cultura, dos usos e costumes, muitas vezes integrados a rituais religiosos. A figura do mediador pode ser institucional decorrente de uma hierarquia na organização da vida comunitária, ou como poder delegado, ou natural, como expressão do exercício da cidadania, permitindo exaltar as personalidades do grupo social mais afeitas à comunicação humana, o que constitui o papel do mediador<sup>72</sup>.

No ocidente, visualizamos o renascimento do instituto da mediação no final do século XX, em razão das grandes mudanças sociais que trouxeram consigo conflitos diferenciados e ainda mais latentes, tendo sua origem em dois movimentos simultâneos, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, seguidos pelo Canadá e pela França<sup>73</sup>.

Águida Arruda Barbosa aponta que a mediação chega ao Brasil por duas vertentes diversas. Em 1989 chega ao Brasil o modelo francês. E, no início da década de 1990 chega, pela Argentina, no sul do país, o modelo dos Estados Unidos<sup>74</sup>.

Em um país com dimensões continentais obviamente os conflitos não podem ser tratados de forma generalizada. Águida Arruda menciona que o modelo brasileiro de mediação tem fortes influências provenientes do estilo norte-americano, que privilegia a negociação, bem como características derivadas do modelo europeu, que conceitua a mediação como instrumento de transformação do conflito<sup>75</sup>.

Segundo Fernanda Levy: “o tempo e os caminhos da mediação se entrelaçam com a própria história da humanidade”<sup>76</sup>. A mediação desenvolve com inúmeras técnicas, muitas com aplicações interdisciplinares em conjunto com profissionais da psicologia, sociologia e

---

<sup>70</sup> MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 52.

<sup>71</sup> Ibid. p. 54.

<sup>72</sup> BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

<sup>73</sup> Ibid. p. 9.

<sup>74</sup> Ibid. p. 16 -17.

<sup>75</sup> Ibid. p. 17-18.

<sup>76</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

outras inúmeras áreas, todas elas voltadas para a comunicação eficiente, buscando a melhora do diálogo e a construção da pacificação social.

### 3.2.2 Conceito. Mediação e mediador

O termo mediação vem do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio<sup>77</sup>. Por consequência, a própria palavra contém em si o significado de centro, equilíbrio<sup>78</sup>.

A mediação é um procedimento não adversarial em que um terceiro neutro, que não tem poder sobre as partes, ajuda essas a encontrarem, de forma cooperativa, um ponto de harmonia no conflito<sup>79</sup>. O mediador auxilia as partes a identificar os pontos de controvérsia e acomodar seus interesses aos interesses da parte contrária, explorando formas de arranjo que transcendem o nível da disputa<sup>80</sup>.

Nas palavras de Christopher Moore:

*La mediación es la intervención en una disputa o negociación, e un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable*<sup>81</sup>.

Assim sendo, em primeiro lugar, para que haja uma mediação, as partes devem estar dispostas a negociar. A mediação é, em sua essência, uma negociação que inclui uma terceira pessoa que conhece técnicas eficazes que pode auxiliar as pessoas em conflito a serem mais eficazes em sua comunicação<sup>82</sup>.

Para Juan Carlos Vezzulla:

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos, não adversarial, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros

<sup>77</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de mediação: mediação e conciliação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. p. 44.

<sup>78</sup> Ibid. p. 44.

<sup>79</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. p. 195.

<sup>80</sup> Ibid. p. 195.

<sup>81</sup> MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 44.

<sup>82</sup> Ibid. p. 44.

interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem<sup>83</sup>.

Ainda, no entendimento de Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger “(...) *mediation is generally understood as an informal process in which a neutral third part with no power to impose a resolution helps the disputing parties try to reach a mutually acceptable settlement*<sup>84</sup>”<sup>85</sup>.

O principal objetivo da mediação é a retomada do diálogo, na definição de Ada Pellegrini Grinover, a mediação consiste no:

(...) método consensual de solução de conflitos, pelo qual um terceiro facilitador auxilia as partes em conflito no restabelecimento de um diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do conflito. Em outras palavras, a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação, e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar em um acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada<sup>86</sup>.

É por essa razão que se frisa que o objetivo da mediação é a retomada da comunicação, e não simplesmente o acordo.

A natureza jurídica da mediação é contratual. Consubstancia-se na instrumentalização de duas ou mais vontades orientadas para um fim comum, consistente em contratar uma terceira pessoa que terá a função de promover um diálogo entre elas<sup>87</sup>. No mesmo sentido, Fernanda Levy menciona que a natureza jurídica da mediação é contratual: “pois as partes, em razão da autonomia privada, se unem para buscar a composição amigável de interesses contrapostos existentes ou futuros e elegem a mediação como mecanismo facilitador dessa tarefa”<sup>88</sup>.

Luiz Alberto Warat menciona que a mediação pode ser preventiva ou reparadora, jurídica, comunitária, institucionais ou privadas. Também pode ser vista como política

<sup>83</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: IMAB, 1998. p. 15.

<sup>84</sup> BUSH, Robert A. Batuch. FOLGER, Joseph. **The promise os mediation: the transformative approach to conflict** – rev. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 8.

<sup>85</sup> Em uma tradução livre: “A mediação usualmente é compreendida como um processo informal no qual uma terceira parte, sem poder de impor uma resolução, auxilia as partes em disputa a tentar a encontrar um acordo mutuamente aceitável”.

<sup>86</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 171.

<sup>87</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019. p. 99.

<sup>88</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182.

cultural e como paradigma superador das visões de mundo produzidas pela condição moderna<sup>89</sup>.

O autor ainda menciona que a mediação também pode ser estudada como processo de comunicação, e que pode ser entendida como uma atividade de ajuda para reintroduzir o diálogo no conflito, para facilitar às partes que encontrem um denominador comum que transforme suas divergências, introduzindo algo novo em seu vínculo<sup>90</sup>:

*La mediación puede ser vista como una difundida, compleja y variada corriente de intervención sobre relaciones interpersonales en conflicto campo grupal constitutivo de relaciones de ayuda conducidas por profesionales entrenados a partir de un conjunto variado de técnicas, estrategias y saberes que facilitan el dialogo em vínculos conflictivos a través del descubrimiento, de las partes em conflicto, de afinidades selectivas que le permiten elaborar puntos em común, que terminan transformando el conflicto em una relación más satisfactoria<sup>91</sup>.*

Em suma, a prática da mediação compreende uma mescla de conhecimentos, em constante desenvolvimento, produto de uma construção reflexiva sobre a própria experiência<sup>92</sup>.

Ainda, mencionamos a necessidade de o procedimento de mediação ser pautado pela ética. A mediação deve ser utilizada como instrumento auxiliar àqueles que desejem negociar suas diferenças pautados na ética. Em um processo de mediação as partes devem levar em consideração o que é bom para si e o que é bom para o outro. É uma perspectiva que independe de qualquer norma externa, sendo necessário apenas uma análise crítica interna permanente, quando tratamos da interação com o outro<sup>93</sup>.

Trata-se de um princípio geral, presente até mesmo em passagens bíblicas: “Tudo aquilo, portanto, que quereis que os homens vos façam, fazei-o vós a eles, pois esta é a Lei e os Profetas” (Mateus 7,12) e ainda “Não faças a ninguém o que não queres que te façam” (Tobias 4,15).

O mediador é o terceiro que facilita a comunicação. Seu papel consiste em alterar a dinâmica da comunicação, agindo na relação conflitiva, seja sobre crenças, sobre formas de

---

<sup>89</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Vol III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 383.

<sup>90</sup> Ibid. p. 384.

<sup>91</sup> Ibid. p. 385.

<sup>92</sup> Ibid. p. 386.

<sup>93</sup> ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. p. 133.

comportamento, auxiliando os participantes a resolver suas disputas<sup>94</sup>. Usualmente diz-se que o mediador cria uma ponte entre as partes. Age nesse vácuo onde antes a comunicação era ineficiente, deficitária, inexistente, buscando criar um elo entre os conflitantes.

Ainda importante mencionarmos a questão da aceitação. Por se tratar de um procedimento voluntário, o mediador deve ser aceito por ambas as partes. A aceitação não significa dizer que as partes acolherão o que for dito pelo mediador e que estão dispostas a fazer o que ele diz, mas significa que as partes aprovam sua presença e estão dispostas a escutar suas sugestões<sup>95</sup>.

É necessário que o mediador se porte de forma imparcial e neutra. Por imparcial entende-se que o mediador jamais poderá emitir opinião tendenciosa em favor de qualquer das partes. A neutralidade diz respeito ao comportamento ou relacionamento entre mediador e litigantes. O mediador não pode ter mantido relacionamento anterior com as partes conflitantes e também não pode possuir qualquer interesse no resultado do conflito. As partes quando buscam um mediador desejam facilitar o processo de negociação, não querem um interventor tendencioso<sup>96</sup>.

Deve, portanto, esforçar-se o mediador para utilizar-se de técnicas que auxiliem as partes a formular sugestões e tomar decisões que favoreçam um bom desfecho para a relação conflituosa.

O mediador também não possui papel decisório. Essa é a principal diferença do mediador entre o juiz ou o árbitro, designado pela lei ou por um contrato para solução de um conflito. O objetivo da decisão judicial não é a reconciliação, mas sim uma decisão sobre quem, naquele determinado processo, demonstrou estar com a razão<sup>97</sup>.

O juiz ou o árbitro examinam o passado, as normas, as responsabilidades e tudo o quando for possível e estiver demonstrado num procedimento arbitral ou processo judicial e termina sua tarefa informando quem está certo ou errado naquele determinado contexto<sup>98</sup>.

Por outro lado, o mediador trabalha para reconciliar os interesses das partes. O objetivo do mediador está em ajudar as partes examinar o futuro de seus interesses e

---

<sup>94</sup> MOORE, Christopher. Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 45.

<sup>95</sup> Ibid. p. 45.

<sup>96</sup> Ibid. p. 45.

<sup>97</sup> Ibid. p. 49.

<sup>98</sup> Ibid. p. 49.

necessidades, a negociar pela troca de promessas e relações que poderão ser mutuamente satisfatórias e adequadas à realidade dos envolvidos<sup>99</sup>.

Christopher Moore também aponta as funções do mediador, sendo as mais importantes: inaugurar os canais que promovem uma comunicação mais eficaz; auxiliar as partes a reconhecerem os direitos da outra parte de participar da negociação; conduzir as negociações, utilizando-se de recursos e técnicas adequadas; explorar os problemas que permitem que as partes examinem o conflito de diferentes pontos de vista; atua como auxiliador das partes para que elas possam organizar uma resolução viável e realista<sup>100</sup>.

### 3.2.3 Alguns princípios

Diversos são os princípios orientadores da mediação. Aliás, fica evidente a preocupação do legislador com a questão principiológica, uma vez que tanto a Resolução 125 do CJN, a Lei de Mediação e o CPC indicam princípios que norteiam a mediação. Importante ressaltar que cada diploma apresenta um rol de princípios diferenciado, com algumas coincidências.

Os princípios da confidencialidade e imparcialidade são comuns aos três diplomas (Resolução 125, Lei de Mediação e CPC). Os princípios da autonomia da vontade, da oralidade e da informalidade revelam sua importância ao estarem previstos tanto no CPC quanto na Lei de Mediação.

Passaremos, a seguir, a uma breve análise desses princípios, com exceção feita ao princípio da autonomia privada que será tratado adiante em razão do seu interesse particular ao presente trabalho.

De acordo com o princípio da imparcialidade, deve o mediador agir de forma que não privilegie qualquer das partes. Não pode, assim, ter interesse no resultado em favor de qualquer um dos mediandos<sup>101</sup>. Também é reflexo desse princípio a aplicação das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz ao mediador (artigos 144 e 145 do CPC). Além disso,

---

<sup>99</sup> MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 50.

<sup>100</sup> Ibid. p. 50-51.

<sup>101</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Análise do artigo 2º da Lei de mediação**. In: Lei de Mediação comentada artigo por artigo. Coord. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Felipe Cesar. Indaitatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 10.

também é aplicado o dever de revelação, que consiste na obrigação do mediador em revelar às partes qualquer situação que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua isenção para realizar a mediação do conflito<sup>102</sup>.

O código de ética constante do anexo III da Resolução 125 do CNJ versa que cabe ao mediador o:

Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e *conceitos* pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente<sup>103</sup>.

O dever de confidencialidade diz respeito ao sigilo do procedimento de mediação. Francisco José Cahali diz que “ao mediador é vedado testemunhar ou prestar qualquer tipo de informação sobre o procedimento ou seu conteúdo, salvo autorização das partes”<sup>104</sup>. O dever de confidencialidade é tratado com cuidado pelo legislador, merecendo uma seção especial na lei de mediação, conforme descrito no artigo 30:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

O princípio da oralidade prevê a prevalência das manifestações verbais sobre as escritas, privilegiando a comunicação das partes com o mediador<sup>105</sup>. Prevê o artigo 19 da lei de mediação que o mediador poderá realizar, no desempenho de sua função, reuniões com as partes, em conjunto ou separadamente, para que possa solicitar às partes as informações que entender pertinentes ao desenvolvimento da mediação. Assim, a escuta das partes, para que possa haver uma melhor compreensão do conflito, mostra-se essencial ao desenvolvimento da mediação.

A mediação não possui regras fixas, assim, é pautada pelo princípio da informalidade. Trata-se de mecanismo que busca facilitar o diálogo entre os envolvidos, e “se desenvolve por meio de conversas com a contribuição de um terceiro imparcial – que se vale de técnicas para

---

<sup>102</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Análise do artigo 2º da Lei de mediação**. In: Lei de Mediação comentada artigo por artigo. Coord. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Felipe Cesar. Indaitatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 10.

<sup>103</sup> Resolução 125 do CNJ – Anexo III – código de ética dos conciliadores e mediadores judiciais. Art. 1º, § 3º.

<sup>104</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 99.

<sup>105</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. op.cit. p. 11.

clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas nas interações”<sup>106</sup>. Portanto, embora conte com a utilização de diversas técnicas, não há um “roteiro fechado a seguir durante a mediação”<sup>107</sup>. Aliás, deve o mediador usar as técnicas conforme forem necessárias para retomar o processo da comunicação entre os envolvidos, para que eles possam ressignificar o conflito e amadurecer possibilidades de solução.

Por fim, conforme mencionamos anteriormente, os princípios não são exatamente coincidentes nos três diplomas, então, segue abaixo segue quadro comparativo detalhado identificando cada norma com os princípios que apresentam:

<b>QUADRO COMPARATIVO PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO</b>		
<b>Resolução 125 CNJ Princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais</b>	<b>CPC – art. 166 Conciliadores e mediadores judiciais Princípios que regem conciliação / mediação</b>	<b>Lei de Mediação – art. 2º Disposições gerais Princípios que orientam a mediação</b>
Confidencialidade Imparcialidade Independência e autonomia Decisão informada Competência Respeito à ordem pública e às leis vigentes Empoderamento Validação	Confidencialidade Imparcialidade Autonomia da vontade Independência Decisão informada Informalidade Oralidade	Confidencialidade Imparcialidade Autonomia da vontade das partes Oralidade Informalidade Busca do consenso Boa-fé Isonomia entre as partes

### 3.2.4 Benefícios da mediação

A mediação possui como um dos principais pontos a valorização das relações sociais. Luis Alberto Warat menciona que as relações sociais são importantes não apenas do ponto de vista político, mas também do ponto de vista produtivo. A cooperação linguística, o diálogo, passam a ser essenciais na tradicional ideia de criação de valor<sup>108</sup>. A mediação segue como ferramenta ainda mais essencial frente a um mundo globalizado, com mudanças cada vez mais velozes.

<sup>106</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 209.

<sup>107</sup> Ibid. p. 209.

<sup>108</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Vol III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 364.

Importância de desenvolver uma visão em que as emoções das partes são levadas em consideração. Na mediação, é fundamental que se permita a expressão e se promova o reconhecimento e o acolhimento da emoção, obviamente não com fins terapêuticos, mas com o objetivo de explorar a emoção no contexto do conflito<sup>109</sup>. Nas palavras de Lia Regina Castaldi Sampaio:

O mediador deve trabalhar para que, no transcorrer do processo de mediação, os mediados evoluam para reconhecer a legitimidade das emoções do outro. Isso não significa concordar ou apreciar, mas trata-se de reconhecer o direito de cada um de possuir sentimentos específicos<sup>110</sup>.

A mediação possui potencial para transformar a interação conflituosa e ainda, como consequência, mudar a mentalidade dos envolvidos. De acordo com Bush e Folger, isso traz dois importantes efeitos dinâmicos: o empoderamento, no sentido de restaurar o valor individual do indivíduo e sua capacidade de tomar decisões bem como lidar com seus problemas cotidianos, e o reconhecimento, que consiste na utilização de conhecimento, compreensão, empatia para com a situação e o ponto de vista do outro<sup>111</sup>. Assim, as partes recebem auxílio para mudar sua própria interação com o conflito (de uma visão destrutiva para uma construtiva) e experimentar os efeitos dessa transformação<sup>112</sup>.

Ainda, dentre os benefícios da mediação podemos destacar a flexibilidade na produção de solução, a superação de impasses, o clareamento de interesses e necessidades envolvidos, a busca da solução pela utilização da criatividade, a possibilidade de construção de soluções customizadas que atenderão às partes com maior efetividade, redução de custos, preservação de relações, superação de *bridges* culturais, celeridade, controle sobre o resultado, sigilo, dentre outros.

O acordo firmado, na mediação, é fruto de reflexão e concordância entre as partes. Como o acordo é voluntário, as partes cumprem espontaneamente com maior frequência se compararmos aos casos de sentença proferida pelo Poder Judiciário<sup>113</sup>.

O mediador busca modificar a relação entre os conflitantes, transformando suas percepções, auxiliando para que as partes encontrem quais são suas reais necessidades dentro

<sup>109</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Teoria geral do conflito – visão da psicologia**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 323.

<sup>110</sup> Ibid. p. 323.

<sup>111</sup> BUSH, Robert A. Batuch. FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict** – rev. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 23.

<sup>112</sup> Ibid. p. 23.

<sup>113</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. p. 195.

da relação conflituosa, estimulando uma participação equânime para que ambas as partes se sintam valorizadas em suas emoções e estimuladas a encontrar uma solução.

Nos meios autocompositivos as partes exercitam o empoderamento e a autorresponsabilidade bem como possuem controle sobre o resultado do processo, podendo controlá-lo de acordo com seus próprios interesses<sup>114</sup>.

Por fim, a mediação é um procedimento que enfatiza o futuro, não fica procurando culpados e inocentes, mas sim se preocupa em encontrar uma solução voltada para o futuro<sup>115</sup>.

### **3.2.5 Mitos da mediação**

Em sendo a mediação um instituto com desenvolvimento relativamente novo no Brasil é natural que esteja cercada de crenças popularmente descritas de forma inadequada e que prejudicam o seu desenvolvimento. Sendo assim, optamos por abordar alguns aspectos, pautados na convivência com discentes, mediandos, e com o público em geral.

#### **3.2.5.1 Mediação tem a finalidade de “desafogar” demandas do Poder Judiciário**

A mediação não pode ser vista como uma fórmula mágica, apta a resolver o problema do excesso de processos remetidos ao Poder Judiciário e a consequente demora na prestação jurisdicional.

A Resolução 125 do CNJ, conforme verificamos, instituiu o conceito do Tribunal Multiportas, onde o Poder Judiciário tem como objetivo o oferecimento de vários caminhos para solucionar um conflito apresentado, dentre elas a mediação e a conciliação. Desta forma, temos que a mediação tem como uma das consequências a redução de demandas em razão do rápido solucionamento do conflito muitas vezes antes mesmo do Processo Judicial existir. No entanto, está longe de ser uma única solução salvadora para a questão.

Segundo de Diego Faleck:

---

<sup>114</sup> HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. p. 197.

<sup>115</sup> Ibid. p. 198.

O discurso de frustração da sociedade com a falta de efetividade da adjudicação estatal como método monopolista de resolução de controvérsias deu lugar à promessa messiânica de salvação por meio dos mecanismos primários de resolução de disputas, que incluem a negociação, conciliação, mediação e a arbitragem<sup>116</sup>.

Dessa forma, entende-se que a mediação não possui como objetivo retirar demandas do Poder Judiciário, mas sim, pode se observar, que essa acaba sendo uma das consequências de um procedimento de mediação bem conduzido. Tanto a mediação extraprocessual quanto a mediação endoprocessual<sup>117</sup> acabam por finalizar uma demanda antes mesmo dela existir ou ainda em seu estágio inicial, o que contribui, sem sombra de dúvidas, para um melhor funcionamento do Judiciário.

### **3.2.5.2 Mediação é prejudicial ao advogado porque “acaba com o processo judicial”**

A mediação não visa a extinção do Processo Judicial. Evidentemente alguns tipos de demanda apenas poderão ser resolvidos judicialmente e para isso o Processo Judicial será a ferramenta adequada.

Uma das características mais desejadas pelo mercado de trabalho é o profissional que saiba solucionar problemas<sup>118</sup>. Desta forma, o profissional necessita estar apto a ouvir a questão do cliente e trabalhar como um solucionador de problemas, devendo estar preparado para apresentar os diversos caminhos possíveis com suas vantagens e desvantagens. Então, assim como diversas outras profissões, a advocacia está sendo remodelada com condutas modernas para atendimento integral do cliente, buscando sua satisfação e a efetiva solução do problema.

---

<sup>116</sup> FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 5.

<sup>117</sup> Entende-se mediação extraprocessual aquela que é realizada antes mesmo de se impetrar um processo judicial. Por sua vez, mediação endoprocessual é a realizada dentro de um processo judicial, e que, de acordo com o CPC (artigo 334) deve ser realizada no início do curso da ação, embora também possa ser utilizada a qualquer tempo.

<sup>118</sup> A revista *Você S/A*, na edição de agosto de 2018, apresenta, em reportagem de capa que: “Um levantamento exclusivo revela as cinco competências mais exigidas nas oportunidades de trabalho do momento. Saiba como desenvolvê-las para se destacar na multidão: comunicação; resolução de problemas; atenção aos detalhes; pensamento digital; poder de adaptação”.

Inclusive, exige-se cada vez mais que o advogado informe ao cliente quais são as saídas possíveis para a questão por ele apresentada, para que ele o cliente decidam juntos, munidos de informações, qual seria a melhor solução.

Diego Faleck, em seu “manual de design de sistemas de disputas”, menciona como o profissional pode criar estratégias e processos eficazes utilizando-se de diversos mecanismos para solução de conflitos. Assim, exige-se um profissional diferenciado, conhecedor profundo do direito e dos meios de solução de conflito: “Com esse movimento, a criatividade entra em cena como a força motriz para que o processualista seja capaz de desenhar arranjos inovadores e adequados”<sup>119</sup>.

### **3.2.5.3 Mediar e a política do “deixa disso” - a mediação é uma forma de divisão de prejuízos**

Técnicas de negociação, mediação e conciliação proporcionam o aumento da parcela a ser repartida. Dessa forma, a visão de que as pessoas devem, necessariamente “abrir mão” de algo para mediar está equivocada. Métodos de mediação bem empregados conseguem clarear às partes vários aspectos do conflito que estão em jogo, proporcionando uma visão mais abrangente da demanda, uma perspectiva que aumenta a quantidade de coisas a serem repartidas, essencialmente acrescentando àquelas que antes estavam invisíveis às partes. Dessa forma, não se trata de abrir mão de algum direito que a lei lhe confere, mas solucionar de forma criativa, com absoluto controle pelas partes, resgatando sua autonomia na gestão de seus conflitos.

Além disso, a expressão bastante difundida de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda” se mostra antagônica à essência da mediação. Tal posicionamento é inadequado e contrário à preservação de direitos que o Estado deve proporcionar. Qualquer acordo firmado entre as partes necessita ser adequado à pacificação do conflito, levando-se em consideração os vários aspectos do direito envolvido. Dizemos aqui que várias dimensões do conflito devem ser consideradas para entabulação do acordo, dentre eles a substância do

---

<sup>119</sup> FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 18.

direito reclamado pelas partes e a possibilidade da demonstração do direito em juízo<sup>120</sup>. Outros custos também devem ser levados em consideração, como o tempo dispendido, o custo emocional da demanda e a incerteza com relação ao resultado da mesma, que será resultado da livre convicção de quem julga.

#### 3.2.5.4 O objetivo da mediação é o acordo

É uma visão bastante simplista dizer que a mediação visa o acordo. Em certos casos a mediação não evita o processo judicial, mas ela já foi bem sucedida se proporcionar um passo, por pequeno que seja, em direção à pacificação social. Uma mediação que, embora as partes não cheguem a um acordo em termos práticos, mas tenha conseguido minimizar o conflito e possibilitar que as partes encerrem as agressões e voltem a ter uma convivência cordial já se mostrou vitoriosa. Imaginemos, a título de exemplo, um processo judicial em que discute-se a divisão de patrimônio decorrente de um divórcio, ainda que a mediação não finalize com o acordo no que diz respeito ao patrimônio envolvido terá sido proveitosa se ao menos conseguir fazer com que os ex-cônjuges passem a ter um tratamento cordial e menos beligerante entre si.

Dessa forma, a mediação busca a melhora da comunicação entre as partes. Nas palavras de Águida Arruda Barbosa: “a mediação se define como prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio”<sup>121</sup>. Complementa ainda:

A prática da mediação é recomendada a pessoas que se sentem paralisadas pela existência de um bloqueio de comunicação entre elas, seja por um conflito latente ou manifesto, sendo este último, muitas vezes, verdadeiras explosões ou já solidificado em impasse. Nesta condição, os discursos dos mediandos já são sobejamente conhecidos por ambos, mas polarizados em suas posições, não conseguindo que um escute o outro; portanto, a comunicação resta inadequada, porque os protagonistas não se reconhecem, mutuamente, em suas diferenças<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. 2ª.ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 44.

<sup>121</sup> BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

<sup>122</sup> Ibid. p. 20.

Em geral, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados pela mediação, e, ainda que essa não culmine em um acordo, ela terá cumprido seus objetivos se os conflitantes tiverem aprendido a dialogar entre si de uma forma respeitosa e produtiva<sup>123</sup>.

Juan Carlos Vezzula menciona que a regra básica da comunicação é escutar com atenção. As pessoas possuem uma predisposição de pensar que já entenderam a mensagem que o outro lhe transmite, baseada em suas próprias percepções, sem ao menos ouvirem completamente o que ele diz: “em geral tentam interromper, adiantar-se e assim não escutam o que a outra pessoa desejava transmitir”<sup>124</sup>.

Dessa forma, em primeiro lugar, cabe ao mediador criar espaço para que as partes possam, de fato, ouvir uma a outra. A escuta atenciosa dos envolvidos proporciona que revelem seus verdadeiros interesses e como o acordo pode ser construído de forma a respeitá-los<sup>125</sup>.

### 3.3 Conciliação

A conciliação também consiste em técnica autocompositiva onde uma terceira pessoa (o conciliador) auxilia os envolvidos na composição de um acordo. O CPC 2015 estabeleceu funções distintas para os institutos da mediação e da conciliação. Sobre essas diferenças trataremos no presente subtópico.

O artigo 165 do Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16/03/2015), em seu parágrafo segundo, prevê que a conciliação será preferencialmente utilizada nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador até mesmo sugerir soluções razoáveis para o litígio.

Menciona Ada Pellegrini Grinover:

A conciliação é conceituada como o método de solução de conflitos, que se dá por intermédio da atividade desenvolvida por um terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, adotando metodologia que permite a apresentação de propostas, visando a obtenção de

---

<sup>123</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 171.

<sup>124</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: IMAB, 1998. p. 25.

<sup>125</sup> Ibid. p. 27.

um acordo, embora sem forçar as vontades dos participantes. O conciliador investiga, assim, apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para a solução, estimulando às partes à celebração de um acordo<sup>126</sup>.

A conciliação é uma técnica utilizada para resolução de conflitos que não são tão profundos. Geralmente as partes não possuem relações prévias ao conflito e também não existe a necessidade de manutenção de relacionamento posterior. Por isso, não há em que se aprofundar e a conciliação busca, objetivamente, a composição de um acordo para finalização do problema apresentado pelas partes.

Dessa forma, acaba sendo mais indicada quando o problema pode ser identificado de forma evidente e esse problema se apresenta verdadeiramente como sendo a razão do conflito. E, exatamente por não envolver questões profundas é que se permite uma participação mais ativa do conciliador, devendo o profissional atuar tanto auxílio da comunicação quanto na sugestão de propostas viáveis e equânimes para que as partes possam considerar e refletir.

A conciliação é a técnica mais indicada à resolução de conflitos objetivos, oriundos de uma relação meramente circunstancial, como, por exemplo, os que surgem em decorrência de acidentes de trânsito: “As partes não se conheciam anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados”<sup>127</sup>.

O foco na conciliação é a solução do conflito. Francisco José Cahali menciona que “a meta é alcançar um acordo confortável para as partes”<sup>128</sup>.

Já a mediação segue detalhada no artigo 165, parágrafo terceiro do CPC, mencionando que a mediação é a técnica adequada para os casos em que houver vínculo anterior entre as partes, devendo o mediador auxiliar aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito.

Aponta-se que na mediação o foco é o conflito e não o acordo. Um eventual acordo desejavelmente poderá surgir da solução do conflito, mas não é o único objetivo. Ela é a técnica mais adequadas para conflitos complexos, onde as partes possuem relacionamento anterior bem como existe a necessidade da manutenção saudável desse relacionamento. O

---

<sup>126</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 170.

<sup>127</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano; VIGORITTI, Vincenzo Coord. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 3ª reimp. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 54.

<sup>128</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 28.

mediador vai afundo na questão, buscando encontrar a origem do conflito, facilitando a comunicação entre os conflitantes. A recuperação do diálogo é o mais importante na mediação e pode ter como resultado uma solução exclusivamente desenhada pelas partes. Geralmente é um processo mais longo e são necessárias algumas sessões. Como exemplo mencionamos uma demanda oriunda do direito de família.

Desta forma, a atuação do mediador acaba sendo bem desafiadora. Para Aldemir Buitoni “O Mediador é um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do litígio jurídico tradicional. Ajuda a buscar livremente soluções, indo além dos limites do litígio, a partir da controvérsia mediada”. E completa ainda:

Uma outra característica da Mediação é possibilitar a abordagem sensível do lado subjetivo do litígio, o lado oculto que toda controvérsia apresenta, o lado não verbal, o emocional, o que se esconde no conteúdo latente do conflito <sup>129</sup>.

A mediação é utilizada para conflitos subjetivos, com expressivos elementos envolvidos, grande carga emocional e com a necessidade de mediar as partes objetivando pacificar e não acirrar ainda mais os ânimos dos envolvidos. André Goma menciona que o mediador tem a função de “restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações”<sup>130</sup>.

Problema abordado na obra de Francisco José Cahali ocorre nos conflitos em que não consegue precisar com exatidão se a melhor solução se encontraria nas técnicas da conciliação ou da mediação: “há uma zona cinzenta, e extensa, entre as situações em que se recomenda um ou outro método de solução”<sup>131</sup>.

Então caberia, numa análise do conflito, aplicar as técnicas de ambos os métodos em conjunto, ou então, iniciar-se aplicando um método e partir para utilização de outro. Tudo objetivando a tratativa mais adequada para a controvérsia. Por essa razão é que também defendemos o posicionamento apresentado por Francisco José Cahali em sua obra de que a conciliação deveria ser apresentada como uma das técnicas da mediação<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> BUITONI, Aldemir. **Mediar e conciliar: as diferenças básicas**. Jus Navigandi, n. 2707, ano XV, Teresina, nov. 2010, p. 6. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>. Acesso em 10.02.2015.

<sup>130</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª Ed. Brasília/DF:CNJ, 2016. p. 250.

<sup>131</sup> CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 51.

<sup>132</sup> Ibid. p. 52.

### 3.4 Outros meios de solução de conflitos

Na prática, os profissionais que atuam na resolução de conflito podem utilizar-se de vários métodos, desenhando um procedimento que seja mais apto a conseguir os objetivos do cliente. O ideal é que o profissional inicie pela utilização de meios menos onerosos para, sequencialmente, caso não obtenha sucesso no primeiro, utilizar os demais meios possíveis.

Mencionaremos, então, ainda que apenas para uma referência superficial, a existência de alguns outros meios para solução de conflitos.

No *mini-trial* cada uma das partes envolvidas indica uma pessoa e a elas caberá a escolha de um terceiro neutro para a análise de posições, com o objetivo de buscar soluções consensuais para o conflito. Os representantes atuam na defesa dos interesses das partes por eles indicadas, mas com o intuito de obter uma solução consensual. O terceiro neutro manifesta-se a respeito da solução que entende adequada. Tal manifestação não é vinculante às partes, mas o esperado é que seja levada em consideração para que as partes cheguem ao acordo<sup>133</sup>.

Através da avaliação do terceiro neutro, a controvérsia é submetida a uma avaliação não vinculante, “realizada por terceiro imparcial que avalia os pontos fracos e fortes fazendo um prognóstico das chances de sucesso que cada uma das partes possui em uma possível demanda”. É um procedimento de curta duração, que pode apresentar vantagens se realizado no início da controvérsia e geralmente é seguido por outros meios (mediação e arbitragem por exemplo) se as partes inicialmente não chegarem a um acordo<sup>134</sup>.

Ainda à disposição das partes encontramos o *dispute board*, que encontra utilidade em resolução de conflitos para acompanhar a execução de contratos de longa duração. Forma-se um comitê de especialistas independentes que realizará reuniões rotineiras para verificar o desenvolvimento do contrato e que também pode ser provocado por qualquer das partes na ocorrência de qualquer conflito<sup>135</sup>. As decisões do comitê não possuem efeito vinculante e geralmente são manifestadas por meio de recomendações. Para Francisco Cahali:

---

<sup>133</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 54.

<sup>134</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 122.

<sup>135</sup> CAHALI, Francisco José. op. cit. p. 57.

(...) o comitê pode avaliar e apreciar controvérsias em momentos distintos, apresentando as conclusões que entender corretas, mas sempre com a perspectiva de preservar o relacionamento sadio entre os envolvidos, para a continuidade do cumprimento das obrigações pactuadas<sup>136</sup>.

Por fim, mencionamos a adjudicação que corresponde a uma metodologia, também utilizada em contratos de longa duração, mas com as seguintes diferenças do *dispute board*: é realizada por pessoa única e apenas para um conflito já identificado, e não o acompanhamento da execução do contrato.

Tais formas podem ser utilizadas isoladamente ou em conjunto umas com as outras, colocando à disposição das partes vários desenhos possíveis para resolução de conflito, incluindo formas autocompositivas e heterocompositivas.

---

<sup>136</sup> Ibid. p. 57.

## 4 ASPECTOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO

O presente capítulo dedica-se aos principais aspectos dos instrumentos normativos da mediação.

Em primeiro lugar, ressaltamos que o desenvolvimento dos meios autocompositivos, que objetivam a pacificação social, estão alinhados com o ordenamento constitucional. O Preâmbulo da Constituição prevê a instituição do Estado Democrático comprometido com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e internacional. Dentre outros valores, também menciona a harmonia social, a igualdade e a justiça bem como o comprometimento para que os direitos sociais e individuais sejam assegurados. Adolfo Braga aponta, nessa linha, que “a mediação, como forma de resolução de conflitos, começou a ser desenhada para o ordenamento jurídico já na Constituição de 1998”<sup>137</sup>.

Trataremos aqui da Resolução 125 do CNJ, editada em 29/11/2010, que foi a responsável pela introdução do conceito do Tribunal Multiportas no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, falaremos da Lei de Mediação (Lei nº 13.146/2015), publicada em 26 de junho de 2015 e que entrou em vigor em 29 de dezembro do mesmo ano. Por fim, mencionaremos os aspectos do Código de Processo Civil vigente, publicado em 16 de março de 2015 e que entrou em vigor em 16 de março de 2016, no que diz respeito aos meios autocompositivos de resolução de conflitos.

### 4.1 Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça

Como primeira grande iniciativa para implementação de meios consensuais para a solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário podemos mencionar a Resolução 125 do CNJ, responsável por introduzir em âmbito nacional o Tribunal Multiportas.

Atribui-se tal iniciativa a Kazuo Watanabe, em conjunto com o Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisa Judiciária, com a participação de Valéria Lagrasta. O Conselho

---

<sup>137</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019. p. 11.

Nacional de Justiça aprovou a Resolução 125, de 29.11.2010, sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”<sup>138</sup>.

O conceito do Tribunal Multiportas, oriundo do direito norte americano, implica na concepção de que o Poder Judiciário possuiria inúmeras “portas” para solucionar os conflitos apresentados pela sociedade. A decisão adjudicada seria uma das portas, a conciliação outra porta, a mediação outra, e assim por diante. Esse ponto de vista objetiva modificar a enraizada cultura de que o Poder Judiciário seria o único responsável e a única via possível para solucionar conflitos.

Desta forma, o objetivo é apresentar diversos procedimentos, cada um com suas vantagens e desvantagens. A escolha por um procedimento ou outro deve levar em consideração as características individuais de cada conflito, sua natureza, peculiaridades.

A Resolução 125 do CNJ dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e possui como objetivos disseminar a cultura da pacificação e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (artigo 2º), incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (artigo 4º) e reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (artigo 3º).

A justificativa para implantação de tal política encontra principal fundamento no acesso à justiça. Sabe-se que acesso à justiça é direito de todo o cidadão. O acesso à justiça não poder ser resumido à possibilidade de pleitear perante ao Poder Judiciário, mas sim, em sentido amplo, de garantir o acesso a uma solução eficiente, por meio da participação adequada do Estado. Aí encontram-se todas as alternativas adequadas para a solução de controvérsias, buscando a satisfação do jurisdicionado. Na definição de Kazuo Watanabe:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário<sup>139</sup>.

Dentre os aspectos práticos da Resolução 125 está a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os CEJUSC’s. Esses centros atuam na realização de

---

<sup>138</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 64.

<sup>139</sup> WATANABE Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. p. 3.

mediações e conciliações pré-processuais, ou seja, antes mesmo da existência do processo judicial e também atuam na realização de mediações e conciliações processuais encaminhadas pelo juízo.

A Resolução 125 se preocupa com a formação do conciliador/mediador, prevendo que os mesmos deverão frequentar curso de capacitação para que possam atuar da maneira adequada, conforme grade teórica e estágio prático previstos na própria resolução. Para que a mediação/conciliação funcione, é essencial que sua condução seja feita por profissional capacitado e experiente na solução de conflitos, admitir pessoas incapacitadas para ocupar tão relevante função é condenar o instituto ao mais absoluto fracasso e descrédito da sociedade.

Ainda com relação a figura do mediador, é importante mencionar que a Resolução 125, em seu anexo III, prevê um código de ética. Dentre outras informações relevantes, o código de ética prevê os princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

#### **4.2 Lei 13.140/2015: Lei de mediação**

O ano de 2015 foi marcante para a mediação e a conciliação no Brasil. O então “novo” CPC, publicado em 16 de março de 2015, entrando em vigor em 18 de março de 2016, tratou dos institutos em diversos dispositivos, dando grande importância aos meios autocompositivos. A Lei de Mediação foi publicada em 26 de junho 2015, e entrou em vigor na data de 29 de dezembro do mesmo ano.

No que diz respeito à interpretação dos diplomas legais disciplinando o mesmo assunto e publicados em um espaço de tempo tão curto, defendemos que ao analisar os dispositivos que decorrem dos diplomas diversos devemos optar por uma interpretação sistemática e harmônica, priorizando o diálogo entre as fontes, como determina a “teoria do diálogo das fontes”. Esse é o entendimento apresentado por Fernanda Tartuce, ao defender

que caso apareçam dúvidas no que diz respeito à aplicação de uma ou outra norma, devemos concluir pela resposta que mais seja fiel aos princípios da mediação<sup>140</sup>.

A lei de mediação, ao não se referir ao instituto da conciliação com o mesmo destaque que dá à mediação, autoriza-nos a interpretar, segundo acreditamos, que a conciliação pode sim ser considerada uma espécie de mediação conforme defendemos em momento anterior do presente texto.

Passaremos, como objeto do presente subtópico, a uma análise dos principais pontos da Lei de mediação, a começar pelo parágrafo único do artigo primeiro que prevê um conceito para a atividade de mediação quando assevera que “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (artigo 1º, parágrafo único).

A lei seguiu a definição que vinha sendo apresentada pela doutrina, para Petrônio Calmon a mediação consiste em um mecanismo em que existe a inclusão de um terceiro imparcial que “auxilia, facilita e incentiva os envolvidos à realização de um acordo”<sup>141</sup>. É essencial da mediação a voluntariedade, confidencialidade e a informalidade do procedimento, todos esses aspectos podem ser encontrados na Lei.

Pode ser objeto de mediação o conflito que versar sobre direito disponível ou o direito indisponível que admita transação, podendo, ainda, abranger a totalidade do objeto controvertido ou apenas parte dele (artigo 3º). Para os direitos indisponíveis que admitam transação é necessária a homologação em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

No que diz respeito a quem pode atuar como mediador a lei distingue os mediadores judiciais dos mediadores extrajudiciais. Pode atuar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação (artigo 9º). Para estes não há qualquer exigência no sentido de integrarem conselho, entidade de classe ou associação. A atuação na mediação judicial, contudo, possui regulamentação específica, além da capacidade civil, exige-se graduação em curso de nível superior há pelo menos dois anos e capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores

---

<sup>140</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>.

<sup>141</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 111.

reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais (artigo 11). Aliás, a Resolução 125 do CNJ prevê, em seu anexo I, as diretrizes curriculares do curso de capacitação, desenvolvido em duas etapas, sendo um módulo teórico e um módulo prático composto pelo estágio supervisionado.

Falando ainda especificamente da figura do mediador, a Lei prevê hipóteses de impedimento e suspeição, remetendo-se à aplicação das mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (artigo 5º) e ainda vai além prevendo, nos moldes do que ocorre no instituto da arbitragem, o dever de revelação. O dever de revelação consiste na obrigação de revelar às partes qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada no que diz respeito à sua imparcialidade.

Ainda, o mediador não pode atuar como árbitro nem como testemunha em processos judiciais ou arbitrais que versarem sobre os conflitos que tenha atuado como mediador (artigo 7º).

O impedimento expresso de, pelo prazo de 1 ano, assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes também visa garantir a imparcialidade e evitar que a mediação seja utilizada para fins que não sejam adequados (como, por exemplo, a captação indevida de clientela) - artigo 6º. Importante ressaltar que permanece o impedimento de atuar como advogado em qualquer questão que se desenvolva futuramente (ainda que após 1 ano) referente ao mesmo conflito.

Assunto bastante complexo é o que diz respeito à remuneração dos mediadores judiciais. A lei, no art. 13, prevê que a remuneração seria fixada pelos tribunais e custeada pelas partes. Assim, cada tribunal possui uma política própria de remuneração. O Estado de São Paulo editou a Lei nº 15.804/2015, nela dispõe o valor de 2 UFESPs por hora de atuação bem como a limitação de atuação de 16 horas semanais. Referida lei foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2216816-83 de 2016), de iniciativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando que a Lei feriria a Constituição Estadual uma vez que determina uma despesa sem indicar a correspondente fonte de custeio. Tal ação foi julgada improcedente, contudo, na prática, até a presente data, os mediadores atuam no Estado de São Paulo de forma voluntária, sem qualquer remuneração. Desta forma, a questão da remuneração, pelo menos no Estado de São Paulo, ainda é assunto pendente de resolução.

O termo final de mediação é o instrumento que encerra o procedimento de mediação. Tem cabimento quando for celebrado acordo, ou quando não mais justificarem esforços para

obtenção de consenso (artigo 20). Na hipótese de celebração de acordo, ressalta-se a importância de que o mesmo seja redigido com as cautelas necessárias a fim de evitar novos conflitos, dessa forma, o termo deve conter informações precisas no que diz respeito ao ajuste firmado, por exemplo, se o acordo consistir no pagamento de uma quantia em dinheiro o termo deve prever o valor total, a data do pagamento, parcelamento, forma / local do pagamento, eventual multa em caso de atraso, enfim, tudo o que for correspondente a controvérsia. Ressalta-se também o fato de a Lei atribuir à eficácia de título executivo extrajudicial ao termo final de mediação, e, caso haja homologação judicial, será considerado título executivo judicial.

Falando-se em termo final, a lei prevê o prazo máximo de 60 dias para a conclusão do procedimento de mediação judicial, a contar da primeira sessão, podendo as partes solicitarem, em conjunto, sua prorrogação (artigo 28).

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar o disposto no artigo 30, que diz respeito à confidencialidade, um dos grandes atrativos da mediação. A Lei prescreve que toda informação referente ao procedimento de mediação será confidencial com relação a terceiros, não podendo ser revelada nem mesmo em processo arbitral ou judicial. Por óbvio, as regras de confidencialidade possuem exceções: quando as partes acordarem de forma diversa; quando a divulgação da informação for exigida por lei ou for necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação; quando disser respeito à ocorrência de crime de ação pública; quando disser respeito a informações devidas à administração tributária após o termo final de mediação.

#### **4.3 Principais pontos da conciliação e mediação no Código de Processo Civil.**

Conciliação e mediação são tratadas em diversos pontos do CPC/2015. O presente tópico visa abordar aos mais relevantes para uma compreensão geral dos institutos.

É cristalina a preocupação do CPC com o incentivo aos meios autocompositivos para a solução de conflitos. A valorização de tais meios evidencia-se logo no parágrafo 2º do artigo 3º ao mencionar o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Na sequência, no parágrafo 3º, prevê a obrigatoriedade que de juízes, advogados, defensores públicos e membros do MP estimulem os meios de solução consensual

de conflitos, inclusive no curso do processo judicial. O artigo 139 reforça a obrigatoriedade do juiz de promover a autocomposição em qualquer fase do processo.

O artigo 165 inaugura a seção que dispõe a respeito dos conciliadores e mediadores judiciais e dispõe a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos os “CEJUSCs”, prevendo que eles serão os responsáveis pela realização das sessões de audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados ao auxílio, orientação e incentivo da autocomposição. Conforme mencionamos anteriormente, os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 fazem a diferenciação entre mediação e conciliação.

A livre autonomia dos interessados está prevista expressamente no parágrafo 4º do artigo 166. Dessa forma, a autocomposição é sempre uma opção para a solução do conflito, jamais podendo ser imposta. O respeito à autonomia privada é característica essencial e ninguém pode ser obrigado a ingressar, permanecer em mediação, muito menos pode ter acordo redigido contra sua vontade.

Os impedimentos a que os mediadores estão sujeitos também são abordados pelo CPC. O impedimento no que diz respeito ao exercício da advocacia por parte do mediador é uma questão bastante relevante, vez que grande parte dos mediadores são advogados.

A lei diz que conciliadores e mediadores judiciais ficam impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções (artigo 167, parágrafo 5º). Em análise, podemos constatar que um dos objetivos desse impedimento é evitar que o advogado obtenha qualquer benefício oriundo de eventual trânsito facilitado com o juiz, o que feriria a isonomia e colocaria até mesmo a imparcialidade do juiz em questão.

Como há discussão sobre o assunto, no presente trabalho optamos por mencionar o posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil, tanto no que diz respeito ao Conselho Federal da OAB<sup>142</sup>, quanto ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB SP<sup>143</sup>.

Em primeiro lugar, na mediação/conciliação processual, entende-se que o mediador fica impedido de advogar perante a vara que atue como mediador, considerando o vínculo do mediador com o juízo e com o cartório.

---

<sup>142</sup> Proposição n. 49.0000.2016.011029-5/COP – Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia no Conselho Federal da OAB. Disponível em <http://www.oabsv.org.br/wp-content/uploads/2017/08/CFOAB-CEJUSC.pdf>, acesso em 29.05.2018.

<sup>143</sup> Boletim AASP nº 3009, 19 a 25 de setembro de 2016. Disponível em [https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/boletins/boletins\\_email/3009/cad4\\_etica\\_profissional.asp](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/boletins/boletins_email/3009/cad4_etica_profissional.asp). Acesso em 29.05.2018.

No caso da mediação se dar perante o CEJUSC de primeiro grau existem duas possibilidades. Se a mediação for pré-processual não há impedimento de atuação perante juiz algum, uma vez que ainda não há juízo ou vara a qual possa se vincular o advogado. Única exceção ocorre perante o juiz que preside o CEJUSC. Por outro lado, se a mediação for processual, o impedimento não existirá se não houver vinculação do mediador direta com determinado Juízo ou Vara, e além disso, sendo a conciliação realizada em local próprio, sem proximidade com os cartórios das varas. Prevalece, contudo, o impedimento de exercer advocacia perante o próprio CEJUSC.

Por fim, se a mediação ocorrer perante os CEJUSCS de 2º grau, se não houver vinculação alguma aos órgãos julgadores do TJ não existe impedimento ético de se advogar perante a referida Egrégia Corte.

Importante ressaltar que existe o impedimento de advogar para as partes atendidas no referido procedimento de mediação/conciliação, bem como sobre questões conhecidas em decorrência de sua atuação. O artigo 172 prevê que ficam impedidos, conciliador e mediador, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

O Tribunal de Ética da OAB considera como sendo obrigação dos advogados que atuam como mediadores informar aos atendidos, enfaticamente, que eles possuem o direito de ser assistidos por advogados de sua confiança, durante o procedimento de mediação. Também existe a obrigação de zelar para que as funções de conciliador e demais servidores do Poder Judiciário sejam separadas, com espaço físico apropriado e adequado à garantia de neutralidade. E, da mesma forma, existe o dever anunciar sua profissão de advogado e seus impedimentos, fazendo que isso conste do termo de audiência, deixando claro que não exerce atividade jurisdicional e que sua colaboração se dá de forma voluntária ou remunerada, conforme o caso.

Por fim e de suma importância é a menção a da conciliação / mediação em dois dos procedimentos especiais previstos no CPC: nas ações possessórias (especificamente nas ações de manutenção e reintegração de posse) e nas ações de família. Essas últimas serão abordadas em capítulo próprio do presente trabalho.

No que diz respeito às ações de manutenção e reintegração de posse o artigo 565 do CPC prevê que “no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido mais de ano há e dia, o juiz, antes de apreciar o

pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias...”. Assim sendo, a audiência realiza-se obrigatoriamente antes da apreciação da liminar.

## 5 AUTONOMIA PRIVADA

Antes de adentrarmos nas relações compreendidas entre mediação e autonomia privada, dedicamos um capítulo específico ao estudo do princípio em questão. Trazemos, em primeiro lugar, um subtítulo introdutório no qual abordamos a importância do estudo dos princípios bem como seus efeitos no ordenamento jurídico. Passamos pela apresentação da mudança de paradigma e a evolução do princípio da autonomia da vontade para a autonomia privada para, então, contextualizar como o princípio vem sendo aplicado nas relações jurídicas modernas. Dedicamos espaço também para a discussão de como o princípio é considerado nas relações jurídicas extrapatrimoniais, questão importante para o desenvolvimento do trabalho nos capítulos subsequentes.

### 5.1 A importância da abordagem principiológica

O positivismo apoia a unidade do sistema jurídico em uma única e absoluta fonte que deve ser considerada na solução do caso concreto. Quanto menos margem para interpretação, menos os cidadãos ficariam expostos a vontade individual de um homem, assim, a lei deveria prever em um sistema hermético as possibilidades, que seriam entregues ao julgador para utilização de um mecanismo de subsunção fato – norma.

Contudo, na prática as coisas não funcionam dessa forma. Conforme aduz John Dewey, a rigidez emanada das regras nos traz uma sensação de estabilidade pela utilização de conceitos familiares e prontos. Tal segurança, é, contudo, ilusória<sup>144</sup> por não ser possível ao ser humano fazer um raciocínio lógico completamente desprovido de preconceitos, julgamentos, e desvinculado de suas experiências existenciais e valores.

E adicionemos mais uma agravante: o raciocínio de subsunção, no modelo concebido pelo positivismo jurídico, não é suficiente para tutelar as situações complexas existentes na

---

<sup>144</sup> DEWEY, John. **Logical Method and Law**. The Philosophical Review, vol. 33, nº 06 (nov. 1924), pp. 560-572. Cornell Law Review, vol. 10 nº 01, dez/1924. p. 568.

sociedade moderna, com inúmeras possibilidades de solução. Indubitavelmente, nesse cenário, a ascensão normativa dos princípios abala tal concepção legalista<sup>145</sup>.

Nestes termos, superada uma noção estritamente positivista, partimos do fato de que os princípios pertencem ao sistema normativo, surgindo, assim, a necessidade de que os operadores do Direito se ocupem de sua delimitação.

Admite-se, sem sombra de dúvidas, que os princípios possuem importância singular para acompanhar a variedade e a sutileza das mudanças sociais, proporcionando a continuidade do sistema ainda que situações novas surjam com maior velocidade do que as leis podem acompanhar. Possuem a mesma tarefa as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, razão pela qual se faz necessário, ainda que de forma sucinta, traçar distinção entre eles<sup>146 147</sup>.

Alexandre Jamal Batista assevera que, em linhas gerais, os princípios são instrumentos analíticos abstratos que objetivam orientar e amarrar a ordem jurídica, dando-lhe integridade<sup>148</sup>. Complementa ainda:

Auxiliam o entendimento do intérprete e manifestam a unidade do sistema jurídico. Segundo *Grundsatz*, diferentemente do que se verifica com as regras, os princípios não contêm diretamente ordens, mas sim fundamentos, isto é, critérios para a justificação de uma ordem jurídica<sup>149</sup>.

O ordenamento jurídico convive com princípios diferentes e até mesmo antagônicos, diferentemente do que ocorre com as regras. Os princípios são interpretados não de forma

---

<sup>145</sup> MELO, Diogo L. Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Teoria Geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

<sup>146</sup> Alexandre Jamal Batista indica que: “Incontáveis são os estudos que se dedicam à definição de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como à distinção desses conceitos”. BATISTA, Alexandre Jamal. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos direitos reais (Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali**. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016. p. 191).

<sup>147</sup> Reforçamos que as breves distinções traçadas no presente trabalho possuem apenas o objetivo de contextualizar o tema.

<sup>148</sup> BATISTA, Alexandre Jamal. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos direitos reais**. In: Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016. p. 191.

<sup>149</sup> Ibid. p. 191.

isolada, mas dentro do sistema jurídico a que diz respeito<sup>150</sup>. Judith Martins-Costa ressalta que “O conteúdo axiológico do princípio ressalta seu caráter fundante”<sup>151</sup>.

Para definir cláusula geral trazemos as palavras de Fredie Didier Jr.:

(...) uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa<sup>152</sup>.

Diferenciando cláusula geral de princípio o autor assevera que:

Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra<sup>153</sup>.

Os princípios necessitam de concreção. As cláusulas gerais se prestam a esse fim: atuar como meios para concreção dos princípios: “porquanto são elas elaboradas através de formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”<sup>154</sup>. Cláusula geral, assim sendo, é norma, e ela pode consubstanciar um princípio<sup>155</sup>.

O conceito jurídico indeterminado, por sua vez, é apresentado de forma muito próxima ao da cláusula geral. Contudo, o que os diferencia, é o fato de que o conceito jurídico indeterminado não possui tão ampla extensão de vagueza<sup>156</sup>. Oportunas as palavras de Judith Martins-Costa:

Em ambos – Conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá por parte do juiz uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a

<sup>150</sup> BATISTA, Alexandre Jamal. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos direitos reais**. In: Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016. p. 192.

<sup>151</sup> MARTINS- COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação** – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 169.

<sup>152</sup> DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Revista opinião jurídica. V. 8, n. 12 – 2010. Disponível em <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/829/298>. Acesso em 20.06.2019. p. 119.

<sup>153</sup> Ibid. p. 123.

<sup>154</sup> MARTINS- COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista dos Tribunais. Doutrinas essenciais de Direito Civil. Vol. 1 – p. 473-493 – out. 2010.

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> PEGUINI, Cesar Carlo. **Princípios, regras, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: análise acerca da teoria geral dos contratos**. In: Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali. Coord. Alexandre Jamal Batista. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016. p. 250.

enumeração casuística (...). No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, por forma a construir processo de verdadeira concreção<sup>157</sup>.

Feitas breves diferenciações cabíveis, podemos mencionar que utilização de princípios não se trata de tarefa simples. E também, não é novidade alguma entre nós, que o excesso na utilização dos princípios bem como seu emprego inadequado e indiscriminado tem preocupado sobremaneira, por também ter como grave efeito colateral o abalo da tão almejada segurança jurídica. Eis então que emerge a necessidade do estudo dos princípios e suas consequentes aplicações.

Passemos então à análise do princípio da autonomia privada.

## 5.2 Autonomia da vontade e autonomia privada: a mudança de paradigma

Para que possamos entender a noção atual de autonomia privada é necessário, em primeiro lugar, discorrermos algumas palavras sobre a evolução desse princípio.

Em um cenário liberal, defendido pela Revolução Francesa ao levantar-se contra o Estado Absolutista, pregava-se a autonomia absoluta do indivíduo em suas relações acreditando-se que o mercado se encarregaria, automaticamente, de corrigir eventuais distorções<sup>158</sup>. Tal conceito ficou consagrado na máxima “*laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même*”<sup>159</sup>. Tínhamos então, o princípio da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade era entendida como a liberdade plena de contratar. Fruto do ideário liberal<sup>160</sup>, tal princípio constituía uma resposta efetiva na busca da desvinculação de um Estado absolutista. Sob essa ótica, não deveria o Estado intervir nas relações privadas, principalmente nas relações contratuais e de propriedade, pois elas constituiriam na manifestação da liberdade do indivíduo, que não poderia ser tolhida. Nesse sentido, Gustavo

<sup>157</sup> MARTINS- COSTA, Judith. 2010. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista dos Tribunais. Doutrinas essenciais de Direito Civil. Vol. 1 – p. 473-493. p. 475.

<sup>158</sup> MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In: Teoria Geral dos Contratos. LOTUFO Renan; NANNI Giovanni Etori (coord.) – São Paulo: Atlas, 2011. p. 78 e 79.

<sup>159</sup> Em uma tradução livre: “deixai fazer, deixai passar, que o mundo caminha por si mesmo”.

<sup>160</sup> SILVA, Denis Franco. **O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

Tepedino indica que a vontade assume importância formidável no apogeu do liberalismo econômico dos Séculos XVII e XVIII<sup>161</sup>.

Como ressalta Denis Franco Silva “ser autônomo, para o direito privado liberal clássico, seria não sofrer interferências externas no auto regramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível”<sup>162</sup>.

As teorias contratualistas do século XIX são baseadas no poder da vontade na formação do contrato. Nadia de Araujo ressalta que:

O conceito de poder da vontade foi elaborado a partir da noção de livre-arbítrio, pois esse representa a vontade exercida pelo homem sozinho. Essa noção precisa ser entendida à luz do ambiente de liberalismo econômico e da filosofia kantiana, reinante no século XIX, que permitiram o florescimento da noção de um contrato anterior e superior à lei<sup>163</sup>.

A auto regulação do mercado almejada pelo *laissez faire* não foi, contudo, o que às duras penas se observou. O excesso de liberdade provocou a exploração do mais fraco pelo mais forte, gerando situações cada vez mais desproporcionais que clamavam pela intervenção do Estado a fim de estabelecer um mínimo de equilíbrio. A concepção tradicional da autonomia da vontade “(...) como o decorrer do tempo, e atendendo aos anseios da sociedade, passou a impor novas restrições à liberdade contratual”<sup>164</sup>.

Assim, surge a necessidade de reformulação do conceito de autonomia. Inicia, portanto, o entendimento de que o Estado deveria intervir em alguns aspectos da liberdade privada com o objetivo de evitar situações de exploração extrema, exageradamente desproporcionais, que poderiam se agravar com o passar dos anos e gerar intensos conflitos<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual**. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vol 1, n.1 (jan./jun. 1995) – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995. p. 144.

<sup>162</sup> SILVA, Denis Franco. **O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

<sup>163</sup> ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: novas tendências: Mercosul e Convenções Internacionais** – Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 32.

<sup>164</sup> MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In: Teoria Geral dos Contratos. LOTUFO Renan; NANNI Giovanni Etori (coord.) – São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

<sup>165</sup> Nesse sentido: “Especialmente diante de situações específicas de vulnerabilidade, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos” (TEPEDINO, Gustavo. **Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual**. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995) – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995. p. 145).

Desta forma, passamos do conceito de autonomia da vontade, onde existia uma liberdade bastante extensa, calcada no individualismo, na sacralidade da propriedade e da (quase) irrestrita liberdade contratual ao conceito de autonomia privada onde os negócios jurídicos realizados possuem sua carga de liberdade, mas devem, sobretudo, estar adequados à vida social dos membros da sociedade<sup>166</sup>.

Conforme aduz Giovanni Ettore Nanni “Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se uma relação jurídica obrigacional”<sup>167</sup>.

Ainda sobre a mudança de paradigma, Paulo Marcelo Wanderley Raposo menciona que a “autonomia privada é bem mais abrangente que a autonomia da vontade, pois enquanto essa leva em consideração, exclusivamente, a vontade do indivíduo, aquela preserva sua vontade, mas tendo como norte os interesses sociais”<sup>168</sup>.

Enquanto a autonomia da vontade, que prestigia o individualismo excessivo que vemos no Código Civil francês<sup>169</sup>, no BGB alemão e em nosso Código Civil de 1916, a autonomia privada, nos dizeres de Giovanni Ettore Nanni, “possui uma concepção muito mais elaborada, com esteio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais”<sup>170</sup>.

Assim sendo, a passagem de um Estado liberal para um Estado social cedeu lugar para a substituição do princípio da autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada, cuja principal característica é a compatibilização da autonomia com a tutela da coletividade, visando a proteção dos hipossuficientes. A autonomia existente à época da *liberté* da Revolução Francesa, intocável, fruto do desespero liberalista para livrar-se da monarquia absolutista e estabelecer um novo modelo de Estado, gerou situações de exploração onde o mais forte impunha sua vontade aos mais fracos. A autonomia da qual o Direito se ocupa hoje em dia, por sua vez, tem um viés diferenciado, buscando a conciliação da liberdade individual

---

<sup>166</sup> MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In: Teoria Geral dos Contratos. LOTUFO Renan; NANNI Giovanni Etori (coord.) – São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

<sup>167</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Cadernos de direito civil constitucional: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001. p. 172.

<sup>168</sup> RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. **Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais**. In: LOTUFO, Renan. Direito civil constitucional, caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 85.

<sup>169</sup> NANNI, Giovanni Ettore. op. cit. p. 168.

<sup>170</sup> Ibid. p. 168.

com os interesses que visam a proteção daqueles que o Estado entende por bem tutelar com mais cautela<sup>171</sup>.

Desta forma, podemos dizer que houve a ressignificação da autonomia da vontade para autonomia privada, de modo que a vontade continua sendo elemento essencial aos negócios jurídicos, mas deve, sobretudo, encontrar limites nos direitos garantidos à coletividade, no bem comum<sup>172</sup>.

### 5.3 Autonomia privada na atualidade

Após discorrermos sobre a evolução do conceito, afirma-se que definir em uma expressão exata o que seria autonomia privada não é uma tarefa fácil<sup>173</sup>. Podemos, no entanto, notar que seus parâmetros sofreram profundas alterações ao logo do tempo e, inclusive, que se encontram em constante construção<sup>174</sup>.

Em primeiro lugar, temos que considerar que as concepções de autonomia privada devem estar alinhadas com um determinado ordenamento jurídico, em um determinado tempo histórico<sup>175</sup>. Como estão intimamente relacionadas com institutos como propriedade e

---

<sup>171</sup> Nesse sentido: “Esse processo de intervenção legislativa, que se acirrou na Europa a partir da Segunda Grande Guerra, destinada à tutela de direitos fundamentais alcançados pela iniciativa econômica privada e que, no Brasil, culminou com a Constituição da República de 1988, acaba por colocar em crise a noção de autonomia privada e a teoria do negócio jurídico, incapazes de abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a atividade privada se estabelece e é socialmente reconhecida”. (TEPEDINO, Gustavo. **Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual**. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995) – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995. p. 146).

<sup>172</sup> Nesse sentido, diz Pietro Perlingieri que “superou-se o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia e colocaram-se em evidência os limites à extensão desse poder (e o sentido dessa limitação)”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: tradução de Maria Cristina De Cicco**. 3ª ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277).

<sup>173</sup>PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional - tradução de Maria Cristina De Cicco** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334.

<sup>174</sup> Nesse sentido, Rose Melo Venceslau Meireles diz que: “Os conceitos jurídicos não são esquemas rígidos e imutáveis. Ao contrário, são afeitos à realidade jurídica à qual estão vinculados, por sua vez também em contínuo processo de mutação, necessário em um sistema jurídico aberto” (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana** – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 63).

<sup>175</sup> Nesse sentido mencionamos: “O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de vária natureza, nomeadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para a sua configuração histórica, até se consubstanciarem no princípio fundamental da ordem jurídica privada. A compreensão de sua natureza e função exige, assim, o reconhecimento prévio das condições históricas e culturais em que surgiu e se desenvolveu” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em 20.06.2019).

contratos, irão variar, também, de acordo com o regime político em que está inserida<sup>176</sup>. Pietro Perlingieri menciona que a autonomia privada não pode ser determinada em abstrato, mas apenas em relação ao ordenamento jurídico no qual ela é estudada<sup>177</sup>. Assim, sendo, seu conceito está ligado à iniciativa privada bem como à expressão da liberdade do sujeito<sup>178</sup>, que irá ser diferente a depender do sistema político no qual está inserida.

A autonomia privada terá importância nos sistemas jurídicos em que a propriedade individual for reconhecida. Para Emilio Betti:

(...) a necessidade de negócios entre um indivíduo e outro, só se vê claramente naqueles ordenamentos econômico-sociais que reconhecem aos indivíduos um conjunto de bens que lhe competem, isto é, nos ordenamentos baseados no reconhecimento da propriedade individual<sup>179</sup>.

A autonomia privada é observada quando da existência das esferas particulares, vez que somente nessas situações haveria a troca de bens e serviços e demais formas de transmissão<sup>180</sup>. Não é possível, dessa forma, o exercício da autonomia privada em sistemas políticos onde a esfera privada é inexistente<sup>181</sup>. Maria Cristina Tarrega menciona que “nos regimes em que se reconhece ao indivíduo esferas de liberdade de manifestação de interesses particulares, seu exercício é inafastável da realidade social”<sup>182</sup>.

No que tange ao conceito, Castro y Bravo assevera que “*Em um sentido muy general, se entende por autonomia privada, el poder de autodeterminación de la persona*”<sup>183</sup>.

A liberdade que cada pessoa possui de auto regulamentar suas ações ou ainda a liberdade de um grupo de pessoas de determinar, mediante consenso, as regras que regerão determinado comportamento<sup>184</sup>, estão contidas na autonomia privada, bem como a possibilidade de limitar o conteúdo de certo ato, liberdade de negociar e o que negociar.

Ana Prata assevera que:

<sup>176</sup> Para Pietro Perlingieri - em **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. p. 339 - a autonomia privada é um verdadeiro dogma do direito civil.

<sup>177</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

<sup>178</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional. O Direito Civil na Legalidade Constitucional** - tradução de Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 339.

<sup>179</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v.1. p. 92.

<sup>180</sup> Ibid. p. 93.

<sup>181</sup> TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil**. RCS Editora: São Paulo, 2007. p. 95.

<sup>182</sup> Ibid. p. 95.

<sup>183</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial civitas, S.A., 1985. p. 11.

<sup>184</sup> Ibid. p. 17.

(...) a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos<sup>185</sup>.

Emilio Betti assinala que a autonomia privada consiste:

(...) essencialmente actos por meio das quais os particulares procuram satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas: actos de auto-determinação, de auto-regulamentação dos seus próprios interesses<sup>186</sup>.

Para Pietro Perlingieri, trata-se da

Liberdade de regular por si as próprias ações, ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum<sup>187</sup>.

No entendimento de Luigi Ferri, a autonomia privada não consiste em uma mera legalidade ou faculdade, mas uma manifestação de poder, em especial o poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, das normas jurídicas<sup>188</sup>.

A autonomia privada constituiria, conforme de Dário Moura Vicente, “uma verdadeira faculdade de autorregulação pelos próprios interessados das relações jurídicas de que estes são partes”<sup>189</sup>.

Ainda, nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, “autonomia da vontade é o poder ou a possibilidade do indivíduo produzir direito”, e continua “a liberdade de cada indivíduo poder agir juridicamente, isto é, poder realizar negócios jurídicos”<sup>190</sup>.

Assim sendo, podemos dizer que é caro ao conceito de autonomia privada o respeito à vontade das partes contratantes, reconhecida pelo direito positivo, bem como a eficácia jurídica a ela atribuída, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento. Não se

<sup>185</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada** - Coimbra: Almedina, 2017. p. 13.

<sup>186</sup> Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v.1. p. 92.

<sup>187</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional. O Direito Civil na Legalidade Constitucional** - tradução de Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

<sup>188</sup> FERRI, Luigi. **L'autonomia Privata**. Milano: Giufrè, 1959. p. 5.

<sup>189</sup> VICENTE, Dário Moura. **A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, p. 275-302, jul/set.2016. p. 277.

<sup>190</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54. p. 47.

admite, portanto, que as partes baseadas na autonomia privada, furtem-se ao cumprimento de normas que são imperativas<sup>191</sup>.

Ante aos diversos conceitos apresentados podemos concluir que a autonomia privada no Direito atual consiste na autonomia da prática de atos e de autodeterminação do indivíduo.

Contudo, vez que nenhum direito é absoluto, tal liberdade encontra balizas na ordem pública, no dever de respeito aos direitos do próximo e também no dever de abstenção de certos atos proibidos pelo ordenamento visando o bem comum e o bem do próprio indivíduo.

António Menezes Cordeiro traz a interessante discussão sobre a liberdade que dá vez à autonomia privada seria originária ou derivada. Seria considerada originária se correspondesse a um “dado imanente das pessoas” que seriam dotadas, por si próprias, do poder de criação do Direito. Se derivada, consideraríamos que as pessoas apenas possuem essa liberdade porque o Direito a confere<sup>192 193</sup>. E ainda, o autor português define autonomia privada como um “espaço de liberdade jurígena atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”.<sup>194</sup>

No que tange às áreas de incidência, António Menezes Cordeiro assegura que a autonomia privada é instituto comum a todo direito privado apresentando, contudo, “áreas de incidência variável, consoante as opções feitas pelo Direito positivo e os valores em jogo em cada uma delas”<sup>195</sup>. Para o autor, o domínio, por excelência da autonomia privada é o direito das obrigações, contudo também tem seu lugar no direito da personalidade, devendo, nesse último caso, fundamentalmente, possuir dois limites, quais sejam o respeito à ordem pública e o fato de que as limitações voluntárias serão sempre revogáveis<sup>196</sup>.

Nota-se, ante todo o exposto, que a autonomia encontra limitações impostas pela ordem jurídica. A regulamentação feita pelo Estado e a autonomia privada encontram-se localizadas de forma diametralmente opostas, como em uma gangorra, que ora pende para um

---

<sup>191</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado** – Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 426.

<sup>192</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, tomo I. 2ª ed. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 217.

<sup>193</sup> António Junqueira de Azevedo emite entendimento que se aproxima da primeira corrente: “Se é poder, somente há de ser poder de fato e não poder jurídico, porque o indivíduo não foi “investido” nele; se liberdade o ordenamento a “reconhece” mas não a constitui. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54. p. 48).

<sup>194</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, tomo I. 2ª ed. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 217.

<sup>195</sup> Ibid. p. 219.

<sup>196</sup> Ibid. p. 220.

lado, ora pende para outro. Nas situações sensíveis, em que o legislador se preocupa em regulamentar de forma exaustiva determinada situação, menos espaço encontra a autonomia privada. O inverso também é verdadeiro, quanto menos o Estado se preocupa em regulamentar determinado comportamento, por entender que o mesmo não pode ser usado de forma maléfica à coletividade, mais espaço de atuação encontra a autonomia.

A liberdade como valor jurídico é, segundo Francisco dos Santos Amaral Neto, o fundamento ou pressuposto imediato da autonomia privada:

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico e, mediatamente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça<sup>197</sup>.

Importante trazeremos também a diferenciação apresentada por Ana Prata entre os conceitos liberdade de ação humana e autonomia privada, vez que não poderíamos considerar que são expressões sinônimas. A autonomia privada é menos ampla, diz respeito apenas a um aspecto da liberdade: a liberdade negocial<sup>198</sup>. A autonomia privada consiste, portanto, em um instrumento por meio do qual as partes atuam e defendem interesses privados<sup>199</sup>.

O ponto é que, conforme vimos, a liberdade encontra limites na “necessidade de que atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana”<sup>200</sup>.

Ainda, cabem algumas considerações acerca da autonomia negocial. Pietro Perlingieri indica que autonomia negocial seria a locução mais idônea para acolher a vasta gama de exteriorizações possíveis atribuíveis à autonomia<sup>201</sup>. Assim, tal expressão, segundo defende o autor, seria a mais adequada para abranger também aos negócios jurídicos com estrutura unilateral e negócios com conteúdo não patrimonial, e assim a define: “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com as próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não

---

<sup>197</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília. a. 26 v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em 20/06/2019. p. 215.

<sup>198</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada** - Coimbra: Almedina, 2017. p. 15.

<sup>199</sup> Ibid. p. 16.

<sup>200</sup> Ibid. p. 16.

<sup>201</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional - tradução de Maria Cristina De Cicco** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

necessariamente próprios”<sup>202</sup>. Assim, pretende a compreensão da autonomia de modo mais amplo, desvinculado da patrimonialidade, aproximando-a de seu verdadeiro significado<sup>203</sup>.

O fato é que, independentemente da denominação que se adote, embora a autonomia seja marcante nos negócios contratuais, obviamente ela não fica restrita às relações patrimoniais<sup>204</sup>. Aliás, de todas as expressões da autonomia privada nenhuma suscita questões mais complexas do que o exercício da autonomia privada em questões não patrimoniais. O Estado tutela a proteção do indivíduo até mesmo contra sua vontade, objetivando a proteção de interesses que são considerados indisponíveis. Grandes questões são levantadas sobre até onde deve ir a intervenção do Estado para não se tornar paternalista e usurpador das liberdades individuais. Faremos alguns apontamentos sobre esse tema no tópico a seguir.

#### 5.4 Autonomia privada nas situações jurídicas não patrimoniais

Uma vez admitida que a autonomia privada não se encontra restrita as situações jurídicas patrimoniais, passaremos a apontar os aspectos referentes a autonomia privada em situações jurídicas não patrimoniais, ou seja, àquelas relacionadas a autonomia privada existencial.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges “A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Esse princípio se materializa por meio da realização de negócios jurídicos”<sup>205</sup>. Contudo, apesar da autonomia ser evidenciada nos negócios jurídicos patrimoniais ela não se restringe a eles. O negócio jurídico envolve manifestação da autonomia privada, seja ele de cunho patrimonial ou não<sup>206</sup>.

Assim sendo, a autonomia privada não está restrita à iniciativa econômica, abrangendo, de igual forma, situações subjetivas existenciais, geralmente relacionadas com os direitos da personalidade, como, por exemplo, transplante de órgãos, doação de sangue,

---

<sup>202</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional - tradução de Maria Cristina De Cicco** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

<sup>203</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **Reflexões sobre a autonomia negocial**. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 414.

<sup>204</sup> Ibid. p. 414.

<sup>205</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim coord. Renan Lotufo). p. 50.

<sup>206</sup> Ibid. p. 50.

óvulos e esperma, cessão de uso de imagem, cessão dos direitos sobre a privacidade, dentre outros<sup>207</sup>. A tutela dos direitos indisponíveis carece ainda de maior atenção do ordenamento jurídico<sup>208</sup>.

Rose Melo Venceslau Meireles, ao mencionar a autonomia privada em situações existenciais menciona que:

Nessa perspectiva, a autonomia privada é aqui considerada como meio para se conferir proteção positiva às situações existenciais. Por intermédio dela, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade, poderia se autodeterminar, ou sejam criar, modificar ou extinguir situações subjetivas, conforme fosse o efeito mais adequado para a tutela da pessoa<sup>209</sup>.

Nos negócios jurídicos existenciais, a autonomia privada, na medida em que possibilita a expressão de uma vontade no que diz respeito à própria vida e ao próprio corpo, encontra uma ligação ainda mais essencial com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, as expressões relacionadas à autonomia privada em matéria não patrimonial “ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional”<sup>210</sup>. A autonomia, quando relacionada à questões não-patrimoniais, relaciona-se diretamente com a tutela da pessoa humana<sup>211</sup>.

Robert Alexy, ao discorrer sobre os direitos fundamentais, evidencia sua complexidade. Sobre a dogmática dos direitos fundamentais, o filósofo alemão discorre que a “racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos” e complementa dizendo que, para tanto, seria necessária uma clareza no que tange a estrutura das normas de direitos fundamentais e em seus conceitos, o que não existe em grau suficiente<sup>212</sup>.

Dignidade humana não possui um significado para o Direito de fácil delimitação. Possui posição central no ordenamento jurídico, vez que consta como fundamento da

<sup>207</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim / coord. Renan Lotufo) p. 51.

<sup>208</sup> Nas palavras de Rose Melo Venceslau Meireles: “A autonomia privada se apresenta, assim, para as situações existenciais, como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Por meio do poder de autodeterminação, garante-se tutela às escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica” (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana** – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 88).

<sup>209</sup> MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana** – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 60.

<sup>210</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: tradução de Maria Cristina De Cicco**. 3ª ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.

<sup>211</sup> Ibid. p. 18.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela *Suhrkamp Verlag* – São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. p. 44.

República Federativa do Brasil conforme determina o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Apesar da dificuldade de conceituar, frente a sua alta carga axiológica, podemos mencionar alguns elementos nucleares com o objetivo de trazer ferramentas aos operadores do direito<sup>213</sup>. Rogério Donnini e Rafael Abs Musa Lemos mencionam Ingo Starlet que apresenta a dignidade da pessoa humana em seus aspectos:

(...) ontológicos (atributo inerente ao homem), histórico-cultural (ideal que se conforma progressivamente ao amadurecer do pensamento ocidental), negativa (criação da esfera de proteção do indivíduo, instrumentalizada, sobretudo, pelos direitos políticos e pela liberdade jurídica), prestacional (reconhecimento de direitos sociais que exigem a atuação positiva do Estado), objetiva (estrutura jurídica normativo-principiológica), subjetiva (preceito do qual emanam direitos fundamentais) e ecológica (modernamente visto como um direito difuso fundamental, de interesse das presentes e futuras gerações)<sup>214</sup>.

Ingo Wolfgang Starlet menciona que, o fato de a Constituição Federal consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consiste no reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário<sup>215</sup>. Trata-se de valor fundamental do Estado que deve garantir sua implementação bem como servir de norte interpretativo, cabendo assegurar-lhe sua necessária força normativa<sup>216</sup>. No mesmo sentido, Starlet complementa que “a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica”<sup>217</sup>.

A dignidade humana encontra-se intimamente relacionada com a autonomia privada, vez que uma vida digna necessita do livre exercício da autonomia privada.

Outra questão que surge com bastante importância nas situações existenciais diz respeito ao dever de informar. Se importante é sua aplicação no campo patrimonial, atuando como uma das faces da boa-fé objetiva, assume ainda maior relevância nas situações existenciais. A informação adequada proporciona o exercício consciente da autonomia

---

<sup>213</sup> DONNINI, Rogério. LEMOS, Rafael Abs Musa. **Dignidade e autonomia: a ponte dogmática para o testamento vital**. Revista Quaestio Iuris. Vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. p. 397.

<sup>214</sup> Ibid. p. 427.

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao artigo 1º, III**. In: CANOTILHO, J., J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013. p. 254.

<sup>216</sup> Ibid. p. 254.

<sup>217</sup> Ibid. p. 255.

privada. Essa informação tem que ser completa, adequada, verdadeira e ser transmitida de forma inteligível, devendo ter linguagem acessível, sempre com o objetivo de esclarecer.

Otávio Luiz Rodrigues Junior menciona, paralelamente à autonomia privada, a expressão autodeterminação, que “seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não”<sup>218</sup>. Assim, autodeterminação seria o poder do indivíduo de orientar-se de acordo com suas preferências, gerindo de forma livre seus interesses<sup>219</sup>.

E é por essa razão que se aqui se defende a possibilidade do indivíduo poder se autodeterminar por meio da autonomia privada em negócios jurídicos existenciais, com um mínimo de intervenção Estatal.

### **5.5 Liberdade e intervenção estatal**

Conforme pudemos observar, o fato é que existe uma tensão entre a autonomia e os limites impostos pelo poder político estabelecido.

O que se busca, evidentemente, é uma situação em que haja o equilíbrio entre a proteção do Estado e a liberdade individual. O Estado, ao regular comportamentos e interferir na manifestação de vontade do indivíduo, busca evitar distorções e abusos. E, também, por óbvio, conceder liberdade ao indivíduo por meio de espaços que não sejam regulamentados pelo Estado não significa que o Estado seja ausente<sup>220</sup>.

Oportunas as palavras de Francisco dos Santos Amaral Neto:

A autonomia privada significa, assim, que o ordenamento estatal deixa um espaço livre ao exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de atuação com eficácia jurídica. Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que

---

<sup>218</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade**. Revista da informação legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 41, p. 113-130. Jul./set. 2004. p. 126.

<sup>219</sup> Ibid. p. 126.

<sup>220</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família – limites para intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 9.

melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regula-los juridicamente<sup>221</sup>.

A Constituição Federal garante a liberdade de iniciativa econômica de modo que, indiretamente, também garante a autonomia privada: “a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica”<sup>222</sup>.

Aliás, em tempo, a própria proteção da autonomia privada pelo ordenamento, coloca-se à serviço da proteção ou ainda reconquista do espaço que possui a liberdade individual<sup>223</sup>. O instituto da autonomia privada tem sua própria origem nas doutrinas que colocam a vontade do sujeito no “centro do ordenamento”<sup>224</sup>. Menciona António Menezes Cordeiro que “As limitações à autonomia não devem fazer esquecer que ela domina, por definição, o Direito privado”. A regra geral, portanto, é a autonomia. A limitação do Estado aparece em situações excepcionais<sup>225</sup>.

A ausência de limitação do Estado liberal com suas consequências, parece ter acarretado, pelo menos em alguns aspectos, um excesso de regulamentação, como um movimento pendular observado em vários aspectos do Direito.

A autonomia está diretamente ligada com as relações sociais. Nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo:

Em síntese, a razão comum a todos os homens, por sua tendência natural à vida social (sociabilidade), dá causa à sociedade. Esta, por sua vez, fundamenta a autonomia da vontade, porque é a sociedade que fornece a seus membros os modelos negociais e, portanto, admite o negócio jurídico como “valor”. A função do negócio jurídico é a de ser o instrumento jurídico, por excelência, de colaboração entre os homens. Não há sociedade sem negócio jurídico<sup>226</sup>.

Aqui fica bastante evidente a importância que emana da autonomia privada e também da função social a ela atribuída:

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais.

<sup>221</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em 20.06.2019. p. 216.

<sup>222</sup> Ibid. p. 226.

<sup>223</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 335.

<sup>224</sup> Ibid. p. 339.

<sup>225</sup> CORDEIRO, António Menezes. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, v. 1, tomo 1, parte geral, 2000. p. 221.

<sup>226</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54. p. 52.

Função social significa não individual, sendo critério de valorização das situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A ideia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve<sup>227</sup>.

A função social apresenta-se como limite ao exercício da autonomia privada. O Estado entende por bem a limitação da autonomia quando o seu exercício extrapola a esfera do indivíduo, e, de algum modo, atinge a coletividade ainda que indiretamente. É o aspecto social da autonomia privada. Poderíamos, portanto, afirmar que a autonomia privada também precisa preencher requisitos para que atenda à sua função social.

Ainda, alguns valores consagrados constitucionalmente, como por exemplo a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sugerem que a autonomia é, de fato, um valor fundante do ordenamento jurídico<sup>228</sup>. Visa-se, contudo, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional, garantir, ainda que minimamente, um caráter social<sup>229</sup>, sendo que essa limitação faz parte do próprio conceito de autonomia privada.

Dessa maneira, não podemos conceber a autonomia privada como algo completamente desvinculado da noção de interesse público<sup>230</sup>. A proteção dos interesses da pessoa, por si só, é de interesse público. Aliás, a concepção de interesse público “coincide com o somatório dos interesses privados”<sup>231</sup>.

Chegamos aqui em um ponto interessante: admitem-se, portanto, restrições à autonomia com fundamento na proteção social com o objetivo de evitar a imposição de regras pelo agente que tem melhores condições de exercer sua autonomia<sup>232</sup>. E esses limites são encontrados na ordem pública.

Ainda, ao indivíduo, é dado o poder que possa exercer sua autodeterminação no intuito de que façam uso dela para expressar seus interesses nas relações recíprocas, não para invadir

---

<sup>227</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em 20.06.2019. p. 229.

<sup>228</sup> SILVA, Denis Franco. **O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150.

<sup>229</sup> Ibid. p. 150.

<sup>230</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada** - Coimbra: Almedina, 2017. p. 19.

<sup>231</sup> Ibid. p. 21.

<sup>232</sup> SILVA, Denis Franco. op. cit. p. 151.

a esfera do outro<sup>233</sup>. Nos dizeres de Maria Cristina Vidotte Tarrega “Ao direito, como manifestação do poder, cabe conter a dominação entre os sujeitos privados”<sup>234</sup>.

Verifica-se a necessidade de maior proteção por parte do Estado nos casos em que uma das partes não consegue exercer sua autonomia de forma satisfatória. Assim sendo, não se busca a proteção da autonomia do agente propriamente dita, mas sim “justamente suprir sua ausência”<sup>235</sup>. Exemplificamos tal questão com a regulamentação da capacidade no Código Civil, que busca a proteção daqueles que, segundo entendimento da lei, não possuem discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil.

Justifica-se também a necessidade de uma atuação protecionista por parte do Estado quando a situação imposta coloca um dos sujeitos em posição de inferioridade com relação ao outro, seja por uma relação de poder, seja em razão de uma hipossuficiência técnica ou financeira, como o que ocorre nas relações de consumo, nas relações trabalhistas, ou até mesmo nas relações cíveis quando a própria legislação prevê formas de garantias automáticas para dar maior segurança ao tráfego jurídico (mencionamos, aqui, como exemplo, os institutos da evicção e dos vícios redibitórios).

Dessa forma, verifica-se a necessidade de uma certa relativização da autonomia em razão da segurança do tráfego jurídico e proteção daqueles que não conseguem exercer sua autonomia de forma plena.

Por fim, não podemos deixar de mencionar a intrincada problemática abordada por Irieneu Strenger no que diz respeito à interação entre os limites da vontade e os diversos ordenamentos quando estamos diante de contratos internacionais, mencionando que a ordem pública se apresenta como a limitação imposta pelo Estado à vontade dos contratantes:

Acertadamente se deve admitir que a vontade das partes, nos contratos internacionais, é amplamente admitida, mas não se identifica com o absolutismo invocado e sustentado por alguns autores. (...) Assim, a liberdade contratual dos negociadores teria, como principal limite, a proibição de violar regras de ordem pública do sistema jurídico com o qual o contrato pode entrar em contato para produzir efeitos<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil**. RCS Editora: São Paulo, 2007. p. 88.

<sup>234</sup> Ibid. p. 88.

<sup>235</sup> SILVA, Denis Franco. **O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152.

<sup>236</sup> STRENGER, Irieneu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. – São Paulo: LTr, 2003. p. 130.

A partir da análise da Constituição do país, o autor diz que podemos conhecer os postulados que irradiam sob todo o ordenamento. A Constituição apresenta-se como principal fundamento da intervenção do Estado na liberdade:

A Constituição é o elemento reformador básico de ordem pública, ao articular o sistema estrutural de ordenamento do qual emana o conjunto de valores que constitui o núcleo dos princípios indeclinavelmente tutelados pelo sistema<sup>237</sup>.

## 5.6 Complexidades da autonomia privada

A grande questão, a nosso ver, reside na medida em que a intervenção do Estado se apresenta na autonomia privada. A noção de autonomia privada está diretamente ligada com as liberdades individuais e existe o dever do Estado em promover sua proteção.

Nota-se, contudo, uma tendência atual do Estado em se preocupar com a limitação das atividades estritamente essenciais, delegando à esfera de decisão dos particulares tudo o que for possível. Ora, não poderia ser diferente, uma vez que a autonomia é a regra, as exceções devem ser tuteladas com cautela pelo Estado sob o risco de lesão à própria liberdade do sujeito.

Não podemos deixar de mencionar as palavras de Emílio Betti ao apontar que um grande problema de ordem prática das relações humanas está na definição se determinada relação deve ser regulamentada por autoridade superior ou se, pelo contrário, deve ser regulada pelos próprios interessados. “A vida é movimento e exige uma perene renovação das posições dos vários consorciados relativamente aos bens, num geral respeito pelos valores econômicos e sociais existentes”<sup>238</sup>. E ainda:

Não basta ter estabelecido a quem pertencem os bens, reconhecendo-lhes a propriedade, coletiva ou individual, submetendo os que têm importância social a um regime particular; é também preciso tornar-lhes possível a circulação e facilitar a atividade dos indivíduos no sentido do seu aproveitamento<sup>239</sup>.

Dário Vicente Moura, ao analisar a autonomia privada sob o aspecto contratual, menciona que um sistema jurídico que procure assegurar o tráfego jurídico com maior

---

<sup>237</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. – São Paulo: LTr, 2003. p. 143.

<sup>238</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v.1.p. 87.

<sup>239</sup> Ibid. p. 87.

estabilidade e segurança, atribuirá maior amplitude ao princípio da autonomia privada, buscando a preservação das relações jurídicas constituídas. Por outro lado, os sistemas jurídicos que valorizem a concepção de justiça, interesses e expectativas na contraparte ou em terceiros admitirão maior intervenção do Estado<sup>240</sup>. Desta forma, temos aqui novamente a evidência de que o significado de autonomia privada irá ser diferente dependendo do sistema jurídico que estamos analisando. Trata-se de uma opção do legislador, privilegiar a liberdade por meio da proteção da autonomia ou privilegiar a proteção dos que o sistema considera vulneráveis. É complexo, não é possível obter um equilíbrio exato, há que se pender pra um lado ou para outro.

Ainda, em contínua análise, Dário Vicente Moura observa que nos sistemas de origem romano-germânicos, a ideia de equidade encontra-se bastante presente, sendo possível relativizar a *pacta sunt servanda* quando for necessário à preservação do equilíbrio entre as partes. Por outro lado, o mesmo não pode ser dito dos sistemas de *common law*, que são mais fiéis às origens da autonomia privada<sup>241</sup>.

Eis, portanto, que se demonstra deveras intrincada, nos dizeres de Paulo Marcelo Wanderley Raposo, “a problemática da preservação dos interesses individuais, sem perder de vista os dizeres gerais”<sup>242</sup>.

As limitações atuais à autonomia privada têm sido provocadas pelas críticas às estruturas liberais, tendo como base o desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial<sup>243</sup>. A existência dos limites é essencial ao desenvolvimento social, aliás, a autonomia privada pode ser notada justamente quando nos deparamos com os limites, do contrário ela passaria despercebida<sup>244</sup>.

Pietro Perlingieri menciona: “Insistir na auto-regulamentação, quiçá no princípio *volenti non fit iniuria*<sup>245</sup>, para concluir que tudo o que seja formalmente desejado constitua modelo de justa contratação conforme o mercado, seria enganador e incompatível com o

---

<sup>240</sup> VICENTE, Dário Moura. **A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado**. p. 285.

<sup>241</sup> Ibid. p. 285.

<sup>242</sup> RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. **Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais**. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*, caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 81.

<sup>243</sup> CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, tomo I. 2ª ed. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 221.

<sup>244</sup> Ibid. p. 221.

<sup>245</sup> Em tradução livre: não se faz injúria àquele que consente.

quadro constitucional vigente”<sup>246</sup>. Admite-se, portanto, que em algumas situações o Estado deve intervir para garantia de equilíbrio, seja essa necessidade em razão da hipossuficiência de uma das partes, seja em razão da vulnerabilidade bem jurídico que está em jogo.

As situações existenciais irão exigir ainda uma maior atenção do Estado. A Constituição Federal consagrou o ser humano como valor maior do ordenamento jurídico, garantindo-lhe “tutela integral e privilegiada”<sup>247</sup>, desta forma, as situações existenciais são especialmente protegidas como consequência do fato de que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do estado democrático de direito<sup>248</sup>.

Assim sendo, no próprio conceito de autonomia privada encontra-se implícito o dever de respeito à pessoa humana. Engana-se, portanto, quem não leva em consideração seu complexo significado real<sup>249</sup>, exigindo a atuação do Estado para a preservação do bem comum.

Por outro lado, não há como negar a importância da preservação da autonomia privada, eis que constitui motor das relações jurídicas, sendo pilar da economia nos moldes em que se apresenta nos tempos modernos. Os negócios jurídicos surgem como atos realizados por particulares, através dos quais regulamentam seus interesses para o futuro, desenvolvendo-se de forma espontânea conforme suas necessidades<sup>250</sup>. Através da autonomia privada é que os negócios jurídicos se concretizam e a circulação de bens é realizada. Eis a razão de ser um princípio tão caro ao ordenamento jurídico.

Castro Y Bravo afirma que a ingerência do Estado em todos os aspectos das relações privadas parece constante e inevitável<sup>251</sup>. O sistema capitalista pressupõe a liberdade do mercado, entretanto, para a própria subsistência do mercado é necessário protegê-lo de situações que possam comprometê-lo gravemente<sup>252</sup>, o que resultaria no fim da própria livre concorrência.

---

<sup>246</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. - tradução de Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 361.

<sup>247</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **Reflexões sobre a autonomia negocial**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 417.

<sup>248</sup> *Ibid.* p. 417.

<sup>249</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial civitas, S.A., 1985. p. 12.

<sup>250</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v.1. p. 88.

<sup>251</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *op. cit.* p. 16.

<sup>252</sup> *Ibid.* p. 16.

Ainda nos dizeres de Castro Y Bravo, no século atual, com suas mudanças bruscas de ideologias, podemos dizer que a chamada crise na autonomia privada não procede por razões de causas que a ela são exteriores, mas sim decorrentes de dúvidas e incertezas que fazem parte de sua natureza sociológica. Resulta, a autonomia, de um equilíbrio entre tensões e forças contrárias, cabendo, ao Estado defender e limitar o exercício da autonomia<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial civitas, S.A., 1985. p. 17.

## 6 DIREITOS INDISPONÍVEIS E MEDIAÇÃO

O presente capítulo possui como tema central o objeto da mediação, questão que gira em torno da disponibilidade / indisponibilidade de direitos. O artigo 3º da lei de mediação prescreve que “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Ao analisarmos seu objeto, pretendemos compreender quais são as limitações a que a mediação está sujeita. Assim, poderemos partir para o exame, no capítulo 7, das limitações efetivamente impostas à autonomia privada quando o assunto é mediação.

### 6.1 O objeto da transação no Direito Civil

No campo dos conflitos cíveis, Petrônio Calmon aponta que na autocomposição se apresentam como possíveis três resultados: a renúncia, a submissão e a transação<sup>254</sup>. A renúncia é o abandono da pretensão. Submissão é o abandono da resistência. Transação é o abandono parcial da pretensão e da resistência, por meio de concessões mútuas<sup>255</sup>.

Assim sendo, por uma questão de abordagem metodológica, inicialmente teceremos comentários a respeito do objeto da transação e, na sequência, sobre a questão dos direitos disponíveis e indisponíveis no Direito Civil.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz “a transação seria uma composição amigável entre os interessados sobre seus direitos, em que cada qual abre mão de parte de suas pretensões, fazendo cessar as discórdias”<sup>256</sup>.

Para Pontes de Miranda:

A transação é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de por termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. Não importa o estado de gravidade em que se ache a discordância, ainda se é quanto à existência, ao conteúdo, à extensão, à validade ou à eficácia da relação jurídica: nem ainda a

---

<sup>254</sup> CALMON. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 11.

<sup>255</sup> Ibid. p. 49

<sup>256</sup> DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** – v. 5. 6ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 279.

proveniência dessa, se de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público... É negócio jurídico que afasta disputa ou dúvida (incerteza) entre os dois contraentes, a respeito das relações jurídicas existentes entre eles<sup>257</sup>.

Clóvis Bevilacqua pondera que:

Transação é um ato jurídico, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Pressupõe a dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica. Como observa Koiller, é duplo seu fundamento econômico: a transformação de um estado jurídico inseguro em outro seguro; e a obtenção desse resultado pela troca de prestação equivalente. Esta reciprocidade é da sua essência. Sem ela a transação seria uma liberalidade<sup>258</sup>.

Portanto, pelo instrumento da transação, as partes realizam um negócio jurídico bilateral que possui a finalidade de prevenir ou extinguir uma incerteza obrigacional, ou seja, alguma dúvida a respeito de uma obrigação que as partes pretendem solucionar por meio de concessões recíprocas<sup>259</sup>.

No que tange especificamente ao objeto da transação, é o artigo 841 do Código Civil para determinar que ela apenas é permitida no que diz respeito a direitos patrimoniais de caráter privado.

Pontes de Miranda assevera que “há de exigir-se a transacionabilidade de cada interesse de que se abriu mão”<sup>260</sup> afirmando que não pode haver transação sobre “existência ou inexistência, nulidade ou anulabilidade de casamento; sobre relação de parentesco; sobre algum princípio ou regra jurídica de ordem pública; sobre negócio jurídico proibido ou imoral para lhe atribuir a validade ou eficácia<sup>261</sup>”. Oportunas as palavras do autor no que diz respeito ao poder de dispor:

A intransacionabilidade resulta, sempre, da falta do poder de disposição. As inalienabilidades importam, sempre, em intransacionabilidade, sejam elas limitações ou sejam elas restrições ao poder de dispor. O ramo do direito em que se concede é que pode responder se é transacionável, ou não, o objeto, se a questão é sobre a existência de relação jurídica, ou se a questão é sobre a sua validade ou eficácia<sup>262</sup>.

<sup>257</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – Parte especial. Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro, RJ: Editor Borsoi, 1959. p. 119.

<sup>258</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. p. 142.

<sup>259</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy ... (et. al.). Coordenação Cezar Peluso. – 13. ed. – Barueri: Manole, 2019. p. 839.

<sup>260</sup> PONTES DE MIRANDA. op. cit. p. 119 e 120.

<sup>261</sup> Ibid. p. 133.

<sup>262</sup> Ibid. p. 141.

A regra é pela transacionabilidade do litígio. Nos dizeres de Carlos Alberto Dabus Maluf, excepcionalmente, “há coisas que, por sua natureza e relações jurídicas, por consideração de interesse jurídico, fogem à regra, não podendo ser objeto ou causa da transação<sup>263</sup>”.

Conclui-se, dessa forma, que apenas podem as partes transacionar sobre o tanto que podem dispor. A transação deve ser feita nos limites impostos pela lei. Podem, todavia, sem dúvidas, transacionar a respeito dos efeitos patrimoniais decorrentes de direito intransacionável. Por exemplo, não é possível transação sobre o direito à alimentos, contudo é possível a transação no que diz respeito a seu valor ou sobre valores vencidos<sup>264</sup>.

Nesse sentido também afirma Clovis Bevilacqua que:

Não é lícito transigir sobre questões relativas ao estado das pessoas, legitimidade do matrimônio, pátrio poder, relações pessoas entre cônjuges, filiação. As vantagens, porém, oriundas dessas relações desde que sejam de ordem patrimonial, podem ser objeto de transação<sup>265</sup>.

Pontes de Miranda preceitua, por fim, que ainda que a transação se encontre conceitualmente ligada ao direito das obrigações, o objeto da transação pode pertencer ao direito das obrigações, ao direito das coisas, ao direito de família, ou ao direito das sucessões ou ao direito público<sup>266</sup>.

Ante a complexidade do que que pode ou não ser transacionável, com base na disponibilidade do direito objeto da transação, trazemos, a seguir, algumas considerações sobre a matéria.

---

<sup>263</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 53.

<sup>264</sup> Nesse sentido Cláudio Luiz Bueno de Godoy no Código Civil Comentado. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência** / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... (et. al.). Coordenação Cezar Peluso. – 13. ed. – Barueri: Manole, 2019. p. 848.

<sup>265</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. p. 153.

<sup>266</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado – Parte especial**. Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro, RJ: Editor Borsoi, 1959. p. 141.

## 6.2 Direitos disponíveis x direitos indisponíveis

Conforme o Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, direito disponível refere-se “à generalidade dos direitos a todos proporcionados, em contraposição àqueles (direitos indisponíveis) que, por lei, são vedados de disposição pelo titular”<sup>267</sup>.

Por indisponível temos aqueles direitos referentes aos quais a pessoa não pode dispor, Rudolf Von Ihering, em sua obra “A luta pelo direito”, menciona que a completa entrega de direitos consistiria em um suicídio moral:

A preservação da existência é a mais alta lei de toda criação viva. Ela se manifesta em toda a criatura em instinto de autopreservação. Agora, o homem não está preocupado apenas com sua vida física, mas com sua existência moral. Porém, a condição para existência moral é correta na lei. Nela, o homem possui e defende a condição moral de sua existência – sem a lei ele se afunda ao nível animal (...). A afirmação dos direitos legais de uma pessoa é, portanto, um dever de autopreservação moral – a completa entrega desses direitos, agora impossível, mas que já foi possível, é o suicídio moral<sup>268</sup>.

Assim, admitimos que certos direitos não podem ser entregues, nem mesmo pelo seu próprio titular, por se encontrarem intrínsecos à condição humana. Direitos indisponíveis são aqueles direitos sensíveis a respeito dos quais o Estado não quer conceder ao cidadão livre disponibilidade para sobre eles transacionar. São direitos intimamente relacionados com o exercício da dignidade da pessoa humana que não devem ficar ao exclusivo arbítrio do indivíduo, assim, consistem em limitações impostas à autonomia privada.

Os direitos indisponíveis são subdivididos em relativamente indisponíveis, que são aqueles que comportam transação em algum nível e absolutamente indisponíveis, que são aqueles que não admitem transação em hipótese alguma. A mediação, de acordo com expressa previsão legal, é possível para os primeiros, vez que, embora indisponíveis, são transacionáveis.

Como exemplo, poderíamos mencionar uma violação ao dano moral. A moral, como direito da personalidade, é indisponível, contudo, os aspectos patrimoniais que decorrem da sua violação podem ser transacionados e mediados, inclusive, de forma mais eficiente, como, por exemplo, incluindo uma retratação pública se a vítima assim desejar.

---

<sup>267</sup> **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas.** Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>268</sup> JHERING, Rudolph Von. **A luta pelo Direito – Der Kampf ums recht.** Tradução de Dominique Makins – São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 79.

Elaine Nassif diz que: “O direito indisponível é aquele que pode ser derivado da natureza do direito ou de norma inderrogável<sup>269</sup> e, por este motivo, não pode ser objeto de renúncia e transação por parte de seu titular<sup>270</sup>”. Direitos referentes ao estado da pessoa são indisponíveis por natureza, como por exemplo, idade, estado civil, parentesco<sup>271</sup>.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges assegura que a doutrina não apresenta critérios exatos e seguros para determinação dos direitos disponíveis e indisponíveis. A autora menciona que, disponibilidade em sentido amplo “significa o poder que a pessoa tem de gerir seus interesses particulares no âmbito da vida privada, sem a interferência do Estado ou de terceiros”<sup>272</sup>. Ressalva, ainda, especificamente ao falar dos direitos da personalidade, que existe uma esfera privada na vida da pessoa da qual não cabe nem ao Estado nem à sociedade intervir, esses bens são disponíveis, uma vez que não cabe a terceiros, muito menos ao Estado (como legislador) a restrição no que diz respeito ao destino que o particular queira dar a esse bem<sup>273</sup>. Assim sendo:

O poder de autonomia privada não é ilimitado, não se permite exercitar o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos. Excluem-se tais relações e direitos do âmbito em que se opera a autonomia privada. É matéria subtraída da disponibilidade das partes<sup>274</sup>.

Em continuidade, Roxana Cardoso menciona que, no direito civil, a questão da limitação da autonomia pela indisponibilidade está relacionada ao conteúdo ou ao objeto do negócio jurídico que deve ser lícito, possível e determinável. Ainda, assevera que muitos autores também incluem no conceito de ilicitude, além da contrariedade à lei, a contrariedade à moral, à ordem pública e aos bons costumes. Sendo assim, esses fatores também são limitadores à disponibilidade do bem<sup>275</sup>.

Nas palavras de Antônio José de Mattos Neto:

Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular o direito pode aliená-lo, transmiti-lo

<sup>269</sup> A autora entende por norma derogável aquela que não pode ser modificada – derogada ou revogada – por acordo entre as partes.

<sup>270</sup> NASSIF, Elaine. **Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005. p. 219.

<sup>271</sup> Ibid. p. 219.

<sup>272</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim / coord. Renan Lotufo). p. 131.

<sup>273</sup> A autora cita José Henrique Pierangeli ao fazer tais conclusões (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim coord. Renan Lotufo). p. 133.

<sup>274</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. op. cit. p. 134.

<sup>275</sup> Ibid. p. 134 e 135.

*inter vivos* ou *causa mortis*, pode, também, renunciar ao direito; bem como pode, ainda, o titular transigir seu direito<sup>276</sup>.

Completa o autor mencionando que a “disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito<sup>277</sup>”. Os direitos subjetivos podem ser divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Os primeiros são os que podem ser apreciados de forma pecuniária. Os segundos dizem respeito à condição humana, não podendo ser valorados pecuniariamente, como por exemplo, os direitos da personalidade<sup>278</sup>. Contudo, é preciso ter cuidado, pois nem todo direito patrimonial é disponível, podemos mencionar para exemplificar um bem imóvel que tenha sido gravado com cláusula de inalienabilidade<sup>279</sup>.

Carlos Alberto Dabus Maluf informa que:

(...) não podem ser transacionados os direitos personalíssimos e as coisas inalienáveis, quer por sua natureza, quer em virtude da vontade humana quando a lei lhe dá eficácia. E também não podem ser negociadas situações de direito de família, de caráter não patrimonial, como, p. ex., a guarda dos filhos em troca de pagamento em dinheiro (...).

Trata-se, em todas as hipóteses, de coisas fora do comércio.

Algumas relações jurídicas interessam mais diretamente à ordem pública, de modo que, embora apresentem um aspecto patrimonial, não podem ser objeto de transação<sup>280</sup>.

Paulo de Bessa Antunes, ao falar da indisponibilidade do Direito Ambiental, menciona que direitos indisponíveis são aqueles cujo titular não pode, “por ato de manifestação de vontade, transferir, alienar, extinguir ou modificar, devendo exercê-los na forma que a lei determinar”. Assevera, ainda, que tal indisponibilidade vem sendo relativizada, uma vez que se trata de conceito histórico e mutável e, dizer que o Direito Ambiental é indisponível, sem nenhuma visão crítica, é ficar refém de um conceito<sup>281</sup>.

Merece ainda destaque, no campo do direito penal, o instituto da delação premiada que consiste em um “critério de redução de pena para quem colabora com informações para elucidação do delito”<sup>282</sup>. Tal instituto propõe uma negociação no campo do direito penal e

<sup>276</sup> MATTOS NETO, Antônio José. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem**. Revista de Processo. Vol. 122/2005. p. 151-166. Abr. 2005. Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação. p. 154.

<sup>277</sup> Ibid. p. 154.

<sup>278</sup> Ibid. p. 153.

<sup>279</sup> Ibid. p. 154.

<sup>280</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 56.

<sup>281</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental** – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo, Atlas, 2017. p. 53 e 54..

<sup>282</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018. p. 13.

também traz à baila a indisponibilidade do direito de punir do Estado, consistindo em uma relativização deste, que também é considerado indisponível.

José Henrique Pierangeli, em sua obra “O consentimento do ofendido na teoria do delito”, examina a possibilidade da exclusão da antijuridicidade de uma certa conduta, penalizável criminalmente, em razão do consentimento do ofendido, para tanto, ingressa na esfera da disponibilidade de direitos:

Os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, e outros de natureza pessoal, são direitos absolutos com características pessoais, e, conquanto se alinhem entre os direitos subjetivos, o consentimento de seu titular não é suficiente para retirar-lhe a característica de antijuridicidade. Em tais hipóteses, a natureza desses bens sobrepõe-se à faculdade de livre disposição de seu titular. Opera-se, portanto, uma contradição entre a livre disposição do bem protegido pelo sujeito passivo e o que estabelece a ordem jurídico-penal, que se opõe à lesão ou à exposição de perigo do bem que protege. Ficam, por conseguinte, os bens disponíveis resumidos àqueles de que pode o consenciente livremente dispor, que representam a perda, ou a diminuição, ou mesmo a possibilidade de disposição ou de redução de tais bens, e entre eles, evidentemente, não se catalogam os de natureza pessoal<sup>283</sup>.

É também o referido autor para reconhecer a dificuldade de delimitação da expressão disponibilidade:

Estabelecido que o consentimento se caracteriza pela renúncia à tutela que a norma penal outorga ao bem jurídico, torna-se indispensável buscar-se um critério diferenciador entre os bens de que se pode validamente dispor e aqueles em que a disponibilidade é de todo impossível. Tal tarefa apresenta notáveis dificuldades, ainda quando a lei penal, à exemplo do Código italiano, faz expressa referência à validade do consentimento. Isto porque ao legislador não é convinável estabelecer um rol de bens disponíveis, ainda que a título exemplificativo, ou mesmo criar uma categoria de bens renunciáveis, posto que inexistente uma categoria de crimes em que se apresente a disponibilidade com uma característica comum a todos eles.<sup>284</sup>

Objetivando buscar um critério objetivo que permita se estabelecer a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis, José Henrique Pierangeli traz à baila o entendimento doutrinário que propõe uma diferenciação baseada na utilidade social do bem<sup>285</sup>:

Quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade de uso e gozo, este é disponível, e,

<sup>283</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 84.

<sup>284</sup> Ibid. p. 109.

<sup>285</sup> Carlos Alberto Dabus Maluf, ao mencionar Alessandro Gropalid, ressalta que “o valor social ou não dos bens tutelados constitui o critério mais seguro para distinguir os direitos disponíveis dos indisponíveis: entram na primeira categoria os direitos que tutelam interesses meramente individuais; pertencem a segunda categoria aqueles que tutelam os bens de interesse geral, como os da família e da sociedade”. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 54).

contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível<sup>286</sup>.

O autor ainda traz outros critérios de diferenciação, e ressalta o fato de que disponibilidade e indisponibilidade irão variar conforme o ordenamento jurídico que se analisa e também sofre mudanças, devido as alterações legislativas, dentro de um mesmo ordenamento:

Para estabelecer-se um critério diferenciador, recomenda-se uma pesquisa a partir das fontes que regulam a disponibilidade, em dentre essas fontes, o exame dos usos e costumes, a reiteração no ordenamento jurídico da tutela sobre determinados bens em que se sublinhe o interesse público (pesquisa histórica) ainda quando o ordenamento jurídico estabelece de forma explícito ou implícito, a possibilidade de renúncia à tutela, o consentimento é válido. Uma advertência, porém, se faz necessária: o consentimento pode ser válido em um ordenamento e não o ser em outro, pelo que o recurso ao direito comparado nem sempre é válido. Além disso, numa sucessão de leis, o bem jurídico pode transmudar-se de disponível para indisponível e vice e versa. O legislador, da mesma maneira que pode restringir ou ampliar o âmbito de disponibilidade do bem jurídico, pode também inclinar-se pela indisponibilidade<sup>287</sup>.

Ao concluir a respeito da disponibilidade o autor assegura que, para analisar se um direito é ou não disponível, é necessário “percorrer não um só ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal<sup>288</sup>”, e ainda que “na realização desse trabalho, deve o intérprete reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário<sup>289</sup>”.

Carlos Alberto Dabus Maluf, ao mencionar J. J. Calmon de Passos, ressalta que direito indisponível é “aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente, satisfeitos determinados controles”<sup>290</sup>.

Assim sendo, nota-se que o conceito de indisponibilidade não é de fácil delimitação. Ele encontra-se intimamente relacionado com a autonomia privada, uma vez que tem o condão de instituir-lhe balizas.

Feitas algumas considerações sobre indisponibilidade de direitos, no subtópico a seguir abordaremos especificamente a indisponibilidade dentro da mediação.

---

<sup>286</sup> PIERANGELI, José Henrique. **consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 111.

<sup>287</sup> Ibid. p. 112 e 113.

<sup>288</sup> Ibid. p. 114.

<sup>289</sup> Ibid. p. 115.

<sup>290</sup> Carlos Alberto Maluf *apud* J. J. Calmon de Passos. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985 p. 54.

### 6.3 A complexidade do artigo 3º da lei de mediação: a questão dos direitos indisponíveis transacionáveis

O artigo 3º da lei de mediação dispõe que “Pode ser objeto de mediação do conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Vejamos as hipóteses apresentadas pela lei: em primeiro lugar temos que os direitos disponíveis sempre poderão ser objeto de mediação. Em segundo lugar, no que tange aos direitos indisponíveis devemos fazer uma separação: direitos indisponíveis que admitam transação e direitos indisponíveis que não admitam transação. Apenas os primeiros (direitos indisponíveis que admitam transação) podem ser objeto de mediação, desde que haja posterior homologação em juízo com oitiva do Ministério Público<sup>291</sup>.

A mediação, para que se apresente uma forma segura para resolução de conflitos, deve ser feita dentro das balizas legais. Ninguém gostaria de ver um conflito já mediado ser apreciado novamente pelo Poder Judiciário. Eis a razão pela qual devemos pontuar quais são esses limites.

De início, cumpre observar que a lei de mediação apenas colocou limites objetivos à mediação, não colocando limites subjetivos. Assim, a lei não excluiu da mediação direitos tutelados, por exemplo, por menores ou vulneráveis<sup>292</sup>. O limite imposto pela lei diz respeito ao objeto: apenas não podem ser mediados direitos indisponíveis que não admitam transação.

Assim sendo, por expressa previsão da lei, é possível que a mediação tenha por objeto um direito indisponível, contanto que ele admita transação. Como exemplos, podemos mencionar que o direito à honra é irrenunciável, mas o *quantum* indenizatório decorrente de uma violação à dano moral, pode ser objeto de mediação. O direito à alimentos também é indisponível, contudo, cabe mediação no que diz respeito ao valor e aos alimentos vencidos.

No que diz respeito especificamente aos aspectos transacionáveis dos alimentos, Yussef Said Cahali menciona a possibilidade da transação do valor dos alimentos referentes a

---

<sup>291</sup> Assim dispõe o § 2º do artigo 3º da Lei de Mediação.

<sup>292</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Análise do artigo 3º. Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover**. Org. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 21.

um tempo anterior, sendo, portanto, eficaz a renúncia a um crédito derivado de alimentos que deveriam ter sido ministrados no passado<sup>293</sup>. Ainda, conforme o autor:

(...) embora seja indisponível o direito aos alimentos devidos por lei, consideram-se perfeitamente válidas as convenções estipuladas entre as partes com vistas à fixação de pensão, presente ou futura, e ao modo de sua prestação<sup>294</sup>.

Carlos Alberto Dabus Maluf, no mesmo sentido, admite que é inadmissível a transação referente a alimentos, embora seja possível transacionar no que diz respeito ao *quantum*<sup>295</sup>.

Nos dizeres de Petrônio Calmon, tem-se que as partes podem transigir sobre o que podem dispor:

Autocomposição é o acordo caracterizado pela concessão, e em tese, poderia versar sobre qualquer bem da vida. Ao titular de um bem, com poderes de disposição, é conferido, por via de consequência, o direito de desistir dessa titularidade, dela abrindo mão total ou parcialmente. A regra, até mesmo óbvia, é considerar que só se pode transigir sobre um bem do qual se tenha direito ou poder de dispor, total ou parcialmente<sup>296</sup>.

A autocomposição tem por objeto direitos patrimoniais disponíveis: ninguém pode abrir mão daquilo que não pode dispor. No entanto, é difícil precisar quais são os bens indisponíveis, quais são os critérios que definem a indisponibilidade e qual a fonte do direito que pode realizar a definição de indisponível ou estabelecer critérios de indisponibilidade<sup>297</sup>. E ainda, nos termos da lei, quais seriam os bens indisponíveis, mas passíveis de transação.

Aqui há que se fazer uma análise cuidadosa: “direito indisponível que admite transação” aparentemente consiste numa contradição se levarmos em conta a dualidade “disponível x indisponível”. A lei considera, contudo, que existem direitos que, embora indisponíveis, podem ser transacionados em algum nível, em respeito à autonomia privada.

Fato é que, ao prescrever a expressão “direitos indisponíveis transacionáveis”, quis o legislador aumentar a abrangência do objeto da mediação. Assim, permite-se que mais questões possam ser objeto de mediação, ainda que necessitando de posterior intervenção Estatal por meio da validação do Poder Judiciário. Assim, é a mediação possível para tutelar principalmente reflexos patrimoniais referentes aos direitos indisponíveis, além de questões práticas como podemos ver na mediação no direito de família. Os conflitos envolvendo tais

<sup>293</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 92.

<sup>294</sup> Ibid. p. 91.

<sup>295</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 53.

<sup>296</sup> CALMON. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 9.

<sup>297</sup> Ibid. p. 52.

questões podem, no que tange ao seu núcleo disponível, ser acordado pelas partes. Dessa forma, a lei permite que, por exemplo, um casal separado com filhos menores resolva questões práticas envolvendo a guarda dos filhos menores (referentes às condições do exercício da guarda) e do *quantum* devido pelos alimentos através da mediação. Casos de filiação, adoção, poder familiar, por outro lado, não podem ser objeto de mediação por serem indisponíveis.

Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, ao tecer críticas ao Projeto de lei 7189/2014, mencionam que:

(...) mesmo em relação a 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. na guarda dos filhos) e em que pode haver reconhecimento da pretensão (por exemplo, investigação de paternidade<sup>298</sup>).

Defendem os autores a mediação no direito de família assegurando que tais conflitos são os que mais se adequam e que mais frequentemente são submetidos à solução conciliatória<sup>299</sup>.

Continuando uma análise dos diplomas legais a respeito do objeto da mediação, mencionamos ainda o artigo 334, II, parágrafo 4º do CPC. Tal dispositivo prevê que a audiência de mediação não será realizada quando não se admitir a autocomposição. Encontra-se nesse artigo, portanto, a limitação do diploma processual no que diz respeito ao objeto da mediação. Partindo de uma análise conjunta com o artigo 3º da Lei de Mediação, entende-se que, caso o processo verse sobre direitos indisponíveis, e, por sua vez, não transacionáveis não deverá ser agendada a audiência de mediação, em razão da impossibilidade de submissão à mediação.

Trazemos também as palavras de José Henrique Pierangeli, segundo as quais não pode alguém dispor de bem jurídico quando “dos princípios gerais que se extraem do complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, se concluir ser o ato de renúncia contrário à ordem pública”<sup>300</sup>. Ainda, para o mencionado autor entende-se por ordem pública

---

<sup>298</sup> GRINOVER,, Ada Pellegrini. **Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 13, n. 91, set/out. 2014. p. 13 e 14.

<sup>299</sup> Ibid. p. 14.

<sup>300</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 121.

“o complexo de princípios gerais, fundamentais e inderrogáveis estabelecidos pelo ordenamento jurídico estatal, que não podem ser submetidos à disposição do particular”<sup>301</sup>.

Fernanda Tartuce também enfrenta a problemática da disponibilidade de direitos e sua aplicação no campo da mediação. No que diz respeito à disponibilidade material, a autora afirma que:

Sempre houve certa resistência doutrinária em considerar a possibilidade de transação quando a causa versasse sobre relações jurídicas em que seu objeto fosse considerado personalíssimo e/ou de significativo interesse público. Assim, tradicionalmente se considerou que temas afetos ao direito de personalidade (envolvidos, por exemplo, em ações de estado) e assuntos relativos ao Direito de Família não pudessem ser objeto de transação.

Ocorre, porém, que tal exclusão pura e simples não se mostra coerente com as criativas saídas que podem ser encetadas para os litígios. Muitas causas sobre tais matérias revelam-se aptas a serem eficazmente extintas pela autocomposição; tal circunstância revela a complexidade do assunto, que deve receber tratamento cuidadoso<sup>302</sup>.

Dessa forma, a autora atenta para o fato de que a indisponibilidade deve ser analisada cuidadosamente antes de dizermos que sobre tal direito não cabe transação, tal razão se dá pelo fato de que “ainda que o direito seja, em alguma medida, indisponível, é imperioso reconhecer que ele pode ter aspectos quantitativos negociáveis”<sup>303</sup>.

Obviamente que, na mediação envolvendo direitos indisponíveis que admitam transação, há que se ter todo o cuidado para não ultrapassar as balizas legais impostas pelo ordenamento jurídico. Mesmo nos direitos indisponíveis resta às partes boa margem para manobrar e exercer a autonomia privada, nas palavras de Fernanda Tartuce:

Não sendo o ordenamento exauriente em relação a todos os detalhes sobre as situações regradadas, costuma haver espaço considerável para que os envolvidos no contexto controvertido façam ajustes para atender a seus interesses<sup>304</sup>.

É importante ainda mencionar que, com relação aos direitos indisponíveis que não admitem transação, a mediação também pode ser uma ferramenta importante. O conflito possui várias dimensões, a mediação não tem como objetivo único a perseguição de um acordo, mas sim, no geral, pode ser utilizada para melhora na comunicação e como instrumento de pacificação social. Nesses casos envolvendo direitos absolutamente

---

<sup>301</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 121.

<sup>302</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. p. 29.

<sup>303</sup> Ibid. p. 30.

<sup>304</sup> Ibid. p. 31.

indisponíveis, não é possível transacionar a respeito do direito em si, mas é possível mediar para trabalhar a retomada do diálogo e a redução da animosidade entre as partes, ou seja, trabalhando em outras perspectivas que ladeiam a raiz conflituosa.

Devemos considerar também que os vícios da autocomposição são os mesmos de qualquer negócio jurídico, conforme disciplina o artigo 138 do CC e seguintes. A autocomposição pode ser revogada quando as partes desejarem entabular novo acordo (também em respeito à autonomia privada) ou pode ser anulada, quando presente vício, por decisão judicial – como ocorre com qualquer negócio jurídico.

Ressalte-se a necessidade de se valer de todos os mecanismos adequados para que sejam solucionados os diversos tipos de conflitos, tanto pelo meio autocompositivo quanto pelo meio heterocompositivo. Não se pode descartar qualquer sistema idôneo e consentâneo com a cultura e o anseio das sociedades. Trata-se de criar e aprimorar sistemas multi-portas (...) <sup>305</sup>.

Por fim, cumpre apenas mencionar que é não apenas a mediação que enfrenta a difícil tarefa de definir direitos indisponíveis. A arbitragem compartilha de questionamentos semelhantes. O artigo 1º da Lei de arbitragem define que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim sendo, é essencial da arbitragem que ela verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Carlos Alberto Carmona menciona que:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que tem por objeto coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes <sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 83.

<sup>306</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

#### 6.4 Interpretação do artigo 3º da lei de mediação e o respeito à autonomia privada

A livre manifestação da vontade é o requisito mais importante a ser observado na autocomposição<sup>307</sup>. Nas palavras de Petrônio Calmon:

A autocomposição é, pois, um meio de solução de conflitos por obra de um dos envolvidos (quando cede totalmente), ou de ambos (quando há concessões recíprocas). Essa atitude há de ser verdadeira, manifestada sem que seja fruto de qualquer pressão ou sentimento interior diverso do altruísmo e do interesse pessoal de resolver o conflito da melhor maneira possível, dentro do binômio benefício-custo.

Nos direitos indisponíveis, nas palavras de Roxana Cardoso “As fronteiras da autonomia privada são postas numa faixa cinzenta cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos”<sup>308</sup>. Diz a autora:

A validade de um negócio jurídico pode ser retirada porque o exercício da autonomia privada deve ser conforme o ordenamento jurídico, uma vez que o poder de autonomia privada é atribuído pelo ordenamento aos sujeitos, havendo, portanto, limites e formas de exercício estabelecidas pelo direito, de observância obrigatória para o sujeito<sup>309</sup>.

O problema nesse caso é, patente a imprecisão do conceito conforme abordado no tópico anterior, haver o risco de o Judiciário entender que o direito sobre o qual se mediou não ser transacionável, e assim, após um complexo procedimento de mediação a pacificação alcançada cairia por terra<sup>310</sup>. Sobre essa questão trataremos com maior cuidado em subtópico do próximo capítulo.

Ao nosso ver se faz necessário reservar à tutela do Estado e limitar a autonomia privada apenas àqueles direitos imprescindíveis à tutela da dignidade da pessoa humana. Em um Estado Democrático a regra é a liberdade, portanto, a limitação imposta pelo Estado é a exceção e deve ser tolerada em situações que realmente coloquem o indivíduo em risco no que diz respeito à sua dignidade. Assim, em uma leitura moderna de resolução de conflitos, uma vez alcançada à pacificação do conflito o judiciário deve intervir o mínimo possível, privilegiando a solução consensual. Ou seja, “o perfil pacificador mitiga a ideia da

<sup>307</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 54.

<sup>308</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim coord. Renan Lotufo). p. 56.

<sup>309</sup> Ibid. p. 131.

<sup>310</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Análise do artigo 3º. Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover**. Org. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 25.

indisponibilidade absoluta de certos direitos”<sup>311</sup>, o Judiciário deve ter um papel menos intervencionista e favorável à solução consensual.

Outra questão que devemos abordar diz respeito à possibilidade de mediação extrajudicial sobre direitos indisponíveis transacionáveis. Como não existe restrição legal, entendemos ser viável. Obviamente que, judicialmente ou extrajudicialmente, deverá haver homologação judicial com oitiva do Ministério Público por imposição da lei. Também aqui haverá o risco da não homologação ante a imprecisão do conceito.

---

<sup>311</sup> Ibid. p. 29.

## 7 AUTONOMIA PRIVADA E MEDIAÇÃO

Os meios autocompositivos apresentam-se como um viés de extrema importância para o exercício da autonomia privada. A possibilidade de as partes posicionarem-se ao compor um acordo traz consigo o exercício completo da autonomia uma vez que, frente à existência do conflito, não ficam sujeitas à decisão de um terceiro, podendo, por si próprias, desenhar uma solução satisfatória.

Contudo, alguns problemas práticos e teóricos se apresentam. Onde termina a liberdade das partes, exercida através da autonomia, e onde inicia o dever do Estado em tutelar relações jurídicas sensíveis? Trata-se de um tema importante para possibilidade do exercício da autonomia da maneira mais completa possível, mas, ao mesmo tempo, assegurar segurança jurídica no sentido de que o acordado pelas partes terá validade por ter sido elaborado dentro das fronteiras do sistema jurídico vigente.

Assim, natural ocupar-nos do estudo dos limites que o ordenamento jurídico impõe essa autonomia, ou seja, em quais casos os cidadãos encontram limitações impostas pelo Estado, para que haja interferência apenas se necessário, vez que a regra é a liberdade do indivíduo.

### 7.1 Autonomia privada como princípio fundamental da mediação

O princípio da autonomia está presente nos três principais diplomas que regem a mediação no Brasil. A Resolução 125 do CNJ faz a previsão do dever de respeito à autonomia da vontade como regra que rege o procedimento de mediação/conciliação em seu código de ética. O CPC, no artigo 166 e a Lei de Mediação, no artigo 2º, preveem a autonomia da vontade como um dos princípios orientadores da mediação.

Nesse momento fazemos um parêntesis, ainda que os mencionados diplomas legislativos utilizem a denominação “autonomia da vontade”, entendemos preferível optar aqui pela expressão “autonomia privada”, em razão da diferença conceitual que detalhamos no capítulo específico sobre autonomia privada.

A autonomia privada refere-se aos diferentes pontos de vista dos envolvidos, que devem ser respeitados, possibilitando que as partes cheguem a uma solução voluntária do conflito, não coercitiva<sup>312</sup>.

Certo é que os envolvidos possuem o poder de definir todos os pontos a serem tratados no procedimento de mediação. A autodeterminação dos envolvidos, consagrada pela autonomia privada, busca evitar que o mediador tenha alguma conduta inadequada, forçando o acordo por meio de ameaças, ainda que trajadas de conselhos<sup>313</sup>.

Importante frisarmos que a mediação é uma forma potencial de exercício da autonomia privada na solução de conflitos. Ora, conforme visto anteriormente, a mediação propicia às partes que encontrem a solução mais adequada para seu problema, em vez de delegar a uma terceira pessoa, esperando dela determinação que virá através de uma sentença.

No procedimento de mediação o princípio apresenta evidentes nuances. Segundo Fernanda Levy, o princípio é o “verdadeiro pressuposto e principal propulsor”<sup>314</sup> da mediação. Ainda, nas palavras da autora:

Verdadeiro pressuposto e principal propulsor da mediação, o princípio da autonomia privada visa garantir a voluntariedade, ou seja, o poder que as pessoas detém de escolha em participar e interromper a qualquer momento, o processo de mediação, bem como a autodeterminação, assim entendida como a capacidade que as pessoas têm de conduzir o conflito e tomar as decisões que melhor lhes aprouver<sup>315</sup>.

A mediação apresenta-se, portanto, como pressuposto para que as partes iniciem as negociações e discussões sobre o tema controvertido bem como é limitador do conteúdo do eventual acordo que apenas será lavrado nos termos por elas informados. A autonomia privada dá início à mediação, permeia seu desenvolvimento e limita seu conteúdo final.

Assim, na fase inicial da mediação, a autonomia garante a voluntariedade do procedimento, vez que a Lei determina que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

---

<sup>312</sup> LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Código de ética: princípios, regras de conduta, sanções, remuneração e supervisão**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 489.

<sup>313</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil**. In: A mediação no novo código de processo civil. Coord.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 116.

<sup>314</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

<sup>315</sup> Ibid. p. 96

No que diz respeito ao conteúdo do acordo fruto de mediação, a autonomia se faz presente uma vez que apenas será possível a sua realização quando as partes estiverem de acordo com todos os termos transcritos.

Isso não impede, por sua vez, em situações complexas, que o conflito seja dividido em partes, conforme a maturidade do procedimento de mediação, encontrando solução para uma ou algumas dessas partes, e deixando outras ao arbítrio de uma terceira pessoa - seja enviando ao Poder Judiciário ou escolhendo um árbitro que prolate sentença arbitral. Por exemplo, em um caso de rescisão de um contrato de compra e venda de imóvel com reintegração de posse, existem diversos aspectos a serem tratados. Pode ser que as partes acordem no que diz respeito à rescisão do contrato e imediata reintegração de posse ao vendedor, preferindo remeter ao Poder Judiciário para que decida a respeito dos valores já pagos por não estarem de acordo sobre o quanto a parte vendedora pode reter para cobrir as despesas do desfazimento do negócio jurídico.

Aliás, essa divisão do conflito é uma possibilidade bastante viável, muitas vezes as partes não conseguem chegar a um acordo total sobre o problema, contudo, elas concordam em vários aspectos. Se desmembrarmos todas as questões a serem solucionadas podemos de forma segura e satisfatória por fim àquelas questões que são incontroversas. A vantagem apresentada por essa sistemática é reduzir o tamanho e a complexidade do problema.

A autonomia privada na realização da mediação também pode manifestar-se no curso de procedimento arbitral ou processo judicial. As partes podem requerer, em conjunto, a suspensão do processo para que busquem uma solução consensual do litígio. Tal regra advém do artigo 16 da Lei de mediação e está em consonância com o Código de Processo Civil que, nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º, prevê que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos devendo os juízes, advogados, membros do Ministério Público e Defensores Públicos incentivar os meios consensuais para solução de conflitos.

Também se faz presente a autonomia ao admitirmos que através da mediação as partes assumem a responsabilidade pela gestão de seus próprios conflitos<sup>316</sup>. O empoderamento das partes ao solucionarem por si suas controvérsias possui o poder de gradativamente gerar uma

---

<sup>316</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil**. In: A mediação no novo código de processo civil. Coord.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 117.

mudança cultural, impactando na maneira em que as pessoas enxergam os conflitos, contribuindo sobremaneira para pacificação social.

O Código de Ética presente na Resolução 125 do CNJ prevê que no parágrafo 2º do artigo 2º que autonomia da vontade consiste no “dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento”.

Além do mais, a postura do mediador/conciliador, há de ser em absoluto respeito à autonomia das partes, jamais podendo ser utilizada qualquer forma de coação, ameaça, com finalidades meramente estatísticas. Nas palavras de Alexandre Araújo Costa:

O conciliador judicial cumpre seu papel institucional e burocrático quando o acordo é assinado e, por isso, muitas vezes utiliza todos os meios de pressão disponíveis para fazer com que as partes aceitem algum acordo. E mais grave ainda é a distorção do papel dos juizes que, para "agilizar" o seu próprio serviço, pressionam as partes, afirmando expressamente (ou quase expressamente) a uma das partes que ela deveria aceitar uma certa proposta, pois o acordo lhe seria mais vantajoso que a decisão que ele tomaria se tivesse que resolver o litígio.

O mais trágico é que essa supressão da autonomia é revestida por um discurso de garantia da própria liberdade das partes. A legitimidade do acordo é baseada na ideia de que ele é fruto de uma decisão das pessoas envolvidas, mas, por um lado, muitos acordos resultam da pressão do meio judicial (e da ignorância das partes, que potencializa essa pressão) ou de negociações em que afloram apenas os aspectos mais superficiais do conflito, pois falta ao conciliador a formação (e muitas vezes o interesse) de explorar todas as dimensões do conflito<sup>317</sup>.

Ainda cumpre mencionar o disposto no artigo 166, parágrafo 4º do CPC que prevê que “A mediação e a conciliação serão realizadas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Dessa forma, amplia o legislador a aplicação da autonomia privada na mediação, podendo as partes, inclusive, determinar as regras que irão permear o procedimento.

A função do mediador, nesse cenário, é reestabelecer a comunicação entre as partes e facilitar o entendimento entre os envolvidos, assim, cabe a ele propiciar um espaço em que os

---

<sup>317</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 161-201. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos>. Acesso em 15.04.19.

interessados tomem decisões a respeito de assuntos que lhe interessem e, como consequência, possam construir a solução do conflito de forma satisfatória<sup>318</sup>.

## 7.2 O princípio da decisão informada

O princípio da decisão informada atua como auxiliar ao princípio da autonomia privada. Para que possam exercer sua autonomia de forma plena, se faz necessário que as partes estejam munidas das informações corretas, desta forma, devem receber informações “qualitativas e quantitativas sobre a composição que podem realizar, sendo advertidas das possíveis implicações e dos riscos a serem assumidos”<sup>319</sup>.

Tal princípio deriva da boa-fé, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha “É preciso que haja transparência, sendo as partes informadas de como deve ser a condução do procedimento, bem como das vantagens, desvantagens, riscos e implicações da mediação e da autocomposição que se busca obter”<sup>320</sup>. Encontra o princípio previsão expressa no anexo III da Resolução 125 do CNJ e no artigo 166 do CPC. Ao definir decisão informada a Resolução 125 diz que se trata do “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”. Além disso, também foi tema de enunciado da I Jornada de “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “41. Além dos princípios já elencados no art. 2º da Lei 13.140/2015, a mediação também deverá ser orientada pelo Princípio da Decisão Informada”.

A definição mencionada é bastante abrangente e suscita algumas dúvidas. Fernanda Tartuce defende que o princípio da decisão informada diz respeito ao direito de as partes estarem esclarecidas a respeito da voluntariedade de participação da via consensual, ou seja, o fato delas saberem que não são obrigadas a compor acordo nem a permanecer em procedimento de mediação. Como a mediação não analisa o mérito da disputa, cabe apenas ao mediador verificar se as partes estão suficientemente esclarecidas e possuem as informações

---

<sup>318</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Análise do artigo 2º da Lei de mediação. In: Lei de Mediação comentada artigo por artigo.** Coord. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Felipe Cesar. Indaitatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 13.

<sup>319</sup> Ibid. p. 17.

<sup>320</sup> Ibid. p. 17.

necessárias para a construção do acordo<sup>321</sup>. “Nas sessões consensuais, o condutor imparcial, antes de iniciar a comunicação sobre o mérito da disputa, deve se certificar se os envolvidos estão devidamente informados sobre o contexto em que se inserem e sobre o direito envolvido”<sup>322</sup>. Caso não estejam, cabe ao mediador indicar que as partes procurem orientação com advogado antes de fazer o acordo.

O consentimento informado, por constituir-se base para o exercício da autonomia, deve ser obtido logo no início da mediação, na fase de abertura. Segundo Tania Almeida, esse consentimento pode se dar por escrito (através de um acordo de participação em mediação), verbalmente ou ainda de forma tácita<sup>323</sup>. E continua: “O consentimento informado concretiza o princípio fundamental da mediação – a autonomia da vontade. Voluntariedade, colaboração, protagonismo e autoria são consequentes ao consentimento informado”<sup>324</sup>.

A questão do consentimento livre e esclarecido possui importância crucial em um sistema multiportas de solução de conflitos, como pondera Alexandre Lopes de Abreu, que ao tratar do assunto menciona a existência do dever de respeito à autonomia privada por parte dos profissionais que recebem problemas de terceiros para solucionar<sup>325</sup>. Se antes a relação “profissional x cliente”, em várias áreas do conhecimento, era pautada por uma confiança cega e inabalável, hoje em dia, em razão do acesso à informação, existe a necessidade de debater as opções possíveis com o cliente, deixando que ele exerça sua autonomia com a segurança de que está sendo bem informado no que tange às vias de solução possíveis.

Dessa forma, para o exercício da autonomia privada de forma satisfatória, é necessário que as partes tenham conhecimento suficiente da situação que se apresenta. Surge como desafio aos profissionais do Direito garantir que as partes que se socorrem da mediação obterão uma solução adequada à defesa de seus interesses<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. p. 206.

<sup>322</sup> Ibid. p. 207.

<sup>323</sup> ALMEIDA Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. p. 164.

<sup>324</sup> Ibid. p. 164.

<sup>325</sup> ABREU, Alexandre Lopes de. **O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do direito**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018. p. 445.

<sup>326</sup> Ibid. p. 446.

E ainda, importante dizer que o consentimento informado tem o condão de esclarecer as partes para que possam usufruir da sua autonomia com responsabilidade e de maneira que possam preservar seus direitos. No mais, nas palavras de Alexandre Lopes de Abreu:

É necessário que se habilitem as pessoas a assumirem uma posição ativa na tomada de posição, fazer com que elas definam caminhos que desejem seguir, pratiquem o exercício da autonomia no seu dia a dia, passando a serem colaborativas na construção de soluções e corresponsáveis pelos resultados alcançados<sup>327</sup>.

Assim sendo, o consentimento esclarecido se mostra essencial para que a parte possa exercer sua autonomia de forma plena e assim, obtermos o maior grau de efetividade dos meios autocompositivos para solução de conflitos.

### 7.3 Cláusula de mediação e a autonomia privada

A convenção de mediação privada se subdivide em cláusula de mediação e compromisso de mediação. Tal distinção leva em consideração o momento do pacto: se as partes, no início da relação contratual, preveem a possibilidade do surgimento de um conflito e se antecipam incluindo no próprio contrato a mediação, estamos diante da cláusula de mediação<sup>328</sup>. Por outro lado, o compromisso de mediação tem lugar quando já existe um conflito contratual ou extracontratual e as partes optam por submetê-lo à mediação<sup>329</sup>. Em ambos os casos se evidencia o exercício da autonomia privada. Sobre a cláusula de mediação, em razão dos desafios que surgem na elaboração, é que trataremos no presente tópico.

É cada vez mais frequente que contratos prevejam múltiplas etapas para resolução de disputas, tais cláusulas podem estabelecer os procedimentos a serem utilizados, prazos, bem como regras de sigilo e outras questões<sup>330</sup>. Assim, em um eventual conflito originado naquele contrato, as partes possuirão o dever de convocar uma reunião de mediação antes de ingressar com qualquer procedimento litigioso. Para Fernanda Levy:

---

<sup>327</sup> ABREU, Alexandre Lopes de. **O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do direito**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018. p. 447.

<sup>328</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

<sup>329</sup> Ibid. p. 171.

<sup>330</sup> FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 159.

Lastreadas no princípio da autonomia privada, as partes, por meio dessas convenções, escolhem o método e modelam a forma pela qual pretendem gerir suas controvérsias presentes e futuras. Espelham, no âmbito negocial, uma nova visão empresarial em gestão de conflitos e no pessoal, a liberdade do ser humano e seu desejo de convivência harmônica<sup>331</sup>.

Consiste na cláusula de mediação uma relação jurídica obrigacional por meio da qual as partes se comprometem a submeter eventual conflito à mediação, obrigando-se a tentar, como primeira opção, uma composição amigável<sup>332</sup>.

Caso exista cláusula de mediação, em respeito à autonomia privada quando as partes a estipularam e também em decorrência da *pacta sunt servanda*, possuem as partes a obrigação de comparecer à reunião inicial. Se as partes no exercício da sua autonomia previram a realização de mediação para solução de conflitos, nada mais natural que ao menos uma primeira tentativa pelo acordo amigável seja feita, encontrando-se, portanto, vinculadas ao pactuado. Contudo, também em respeito à autonomia privada, nenhuma das partes pode ser obrigada a permanecer em procedimento de mediação, podendo retirar-se quando desejar.

A questão é o quanto essa cláusula deveria ser detalhada para proporcionar um adequado tratamento ao conflito. Explicamos: a cláusula é inserida em contrato no momento em que o conflito ainda não existe, e, portanto, difícil prever sua extensão. A cláusula precisa ter uma previsão detalhada o suficiente, mas não pode “engessar” o procedimento de mediação em uma futura controvérsia.

Giovanni Ettore Nanni trata da redação da cláusula arbitral (com a qual podemos traçar um paralelo com relação a cláusula de mediação) esboçando sua preocupação no que diz respeito a cláusulas problemáticas e inviáveis. O autor menciona que a cláusula deve conter os elementos básicos para que seja operacional, contudo, sem ir a um outro extremo no sentido de ser demasiadamente minuciosa, com excessivo regramento: “A criatividade desmedida não encontra espaço nesse ponto”<sup>333</sup>.

Diego Faleck, ao tratar dos arranjos contratuais que podem ser elaborados com o objetivo de prever formas de solução para conflitos aduz que “O comprometimento deve manter considerável flexibilidade, para se adaptar às circunstâncias”<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

<sup>332</sup> Ibid. p. 185.

<sup>333</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86 e 87.

<sup>334</sup> FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 162.

Oportunas as palavras de Fernanda Levy: “Redigida por profissionais que conhecem o tema e com temperança entre a falta de elementos essenciais e o detalhamento excessivo, a cláusula de mediação cumprirá seu papel de conduzir as partes à mediação, sem transtornos”<sup>335</sup>.

Dessa forma, a cláusula deve conter os requisitos essenciais que permitam sua operabilidade, de maneira a não fomentar qualquer animosidade e permitir um ambiente sadio para o possível desenvolvimento de uma mediação sem, contudo, ser burocraticamente detalhada para que o procedimento não seja prejudicado.

Mencionamos, por fim, a possibilidade de contratação de cláusula escalonada, determinado a realização de mediação previamente ao ingresso de Processo Judicial ou de arbitragem. Para Fernanda Levy, “Cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios”<sup>336</sup>. Caso o contrato assim disponha e uma das partes proponha ação judicial ou procedimento de arbitragem, caberá ao juiz / árbitro determinar a suspensão do processo para que se realize a mediação<sup>337</sup>. Nos termos do artigo 23 da Lei de Mediação: “Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição”. O parágrafo único do mencionado artigo excetua às medidas de urgência propostas perante o Poder Judiciário para evitar perecimento de direito.

#### 7.4 Mediação na área cível e sua integração com a autonomia privada

Conforme vimos anteriormente, existe grande tensão entre a autonomia privada e os limites impostos pelo Estado a fim de coibir abusos por parte daqueles que detém maior poder de influenciar na liberdade do outro. Vejamos aqui um ponto interessante: o Estado intervém

---

<sup>335</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 188.

<sup>336</sup> Ibid. p. 173.

<sup>337</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Análise do artigo 2º da Lei de mediação**. In: Lei de Mediação comentada artigo por artigo. Coord. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Felipe Cesar. Indaitatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 18.

para limitar a liberdade de um sujeito para que o outro possa exercer sua liberdade de forma satisfatória.

Assim sendo, algumas circunstâncias demandam maior atenção por parte do Estado, situações essas, em regra, em que uma das partes se encontra em desvantagem com relação a outra, e outras situações em que se presume a simetria entre os envolvidos e não há necessidade de tanta intervenção por parte do Estado. Assim, como a regra geral é a liberdade do indivíduo, o Estado deve atuar naqueles casos em que se verifica que uma das partes pode ser prejudicada pelo excesso poder que a outra possui de agir com liberdade.

Desta forma, em alguns campos da mediação a intervenção do Estado se fará mais presente, e, por outro lado, em outros, menos.

Na área contratual, a título de exemplo, verifica-se que o Estado mantém a maior distância possível<sup>338</sup>, valendo-se a máxima *pacta sunt servanda*, que permeia tais relações. Observa-se maior respeito à autonomia dos indivíduos, sendo essa uma necessidade até em decorrência do desenvolvimento econômico – exceção que é feita às relações em que ocorre a hipossuficiência de uma das partes, como é o que o caso relações de consumo, por exemplo. Assim, nessa área, a tendência é que as partes também possam agir com maior autonomia em uma mediação. Observa-se, também, que é uma área que traz conflitos frequentes, sendo que as partes necessitam de uma solução rápida<sup>339</sup> e que possibilite a manutenção de um relacionamento saudável entre si. Nesse cenário os meios pacíficos apresentam-se como uma alternativa atraente.

As empresas, por sua vez, podem suscitar o nascimento de conflitos de toda sorte<sup>340</sup>. Diferenças entre sócios ou dirigentes, conflitos entre os colaboradores da empresa, disputas com outras empresas no Brasil e no exterior, problemas com consumidores. Todas as relações a que uma empresa está sujeita abrem um campo fértil para o surgimento de conflitos. Nas relações entre empresa encontramos um campo bastante vasto para o exercício da autonomia privada - por tutelar interesses entre empresas, a tendência é que a autonomia exerça seu papel dando maior liberdade aos envolvidos. Aqui também é notória a necessidade de rapidez na tomada de decisões e na resolução de problemas, conforme pondera Fernanda Tartuce:

---

<sup>338</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 336.

<sup>339</sup> Ibid. p. 336.

<sup>340</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131.

Nas empresas, a mediação pode se revelar uma via interessante para viabilizar a maximização de êxito ante ao atendimento de três finalidades: satisfação dos consumidores, administração dos conflitos nos negócios e melhoria do funcionamento orgânico da instituição, aprimorando a comunicação entre seus componentes<sup>341</sup>.

Por outro lado, maior será a intervenção do Estado nas mediações que ocorrem no direito de família, vez que existem interesses não patrimoniais a serem tutelados, como por exemplo, situações envolvendo menores, clamando maior intervenção na liberdade individual a fim de evitar desequilíbrios e distorções. Nesses casos, menos espaço encontra a autonomia privada, por essa razão reservamos um subtópico apenas para discorrer sobre o assunto.

## 7.5 Mediação no direito de família

A relação da mediação no direito de família com a autonomia privada é bem delicada, razão pela qual optamos por tratar esse tema em um tópico próprio. No direito de família existem diversas situações que clamam a atenção do Estado, exigindo uma maior intervenção no intuito de evitar abusos.

Inclusive, até mesmo discute-se se caberia a aplicabilidade da autonomia privada no direito de família: *“La tutela dell’interesse superiore dela famiglia pone la questione se l’ordinamento riconosca nell’ambito del diritto di famiglia l’autonomia privata”*<sup>342</sup>. Francesco Santoro Passarelli enfrenta a questão da autonomia privada no direito de família mencionando que não se deve negar a autonomia privada no direito de família, repudiando-a, ao invés disso, cabe a doutrina encontrar sua aplicação com as devidas adaptações, em razão do modo particular em que a autonomia privada deve ser aplicada no direito de família<sup>343</sup>. Ainda, o autor menciona a importância da necessidade de se aferir à vontade, em razão da estabilidade da situação familiar existente, para, até mesmo, realizar a interpretação do negócio no caso de invalidade<sup>344</sup>.

<sup>341</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 365.

<sup>342</sup> Em uma tradução livre “A tutela do interesse superior da família põe em questão se o ordenamento reconhece no âmbito do direito de família a autonomia privada”. (PASSARELLI, Francesco Santoro. **L’autonomia privata nel diritto di famiglia**. In., Saggi di diritto civile, I, Jovene: Napoli, 1961, p. 381, già in Dir. giur., p.3. p. 381).

<sup>343</sup> Francesco Santoro. **L’autonomia privata nel diritto di famiglia**. In., Saggi di diritto civile, I, Jovene: Napoli, 1961, p. 381, già in Dir. giur., p.3. p. 382.

<sup>344</sup> Ibid. 386.

Assim, em um complexo equilíbrio, temos que a autonomia no direito de família deve sofrer limitações em razão da natureza dos direitos a serem preservados ao mesmo tempo em que seu exercício também deve ser garantido em razão dos próprios direitos a que dizem respeito.

A mediação familiar consiste em uma forma por meio da qual as partes podem exercer a autonomia privada no direito de família com uma segurança relativa, vez que tais situações necessariamente deverão ser homologadas pelo Poder Judiciário.

Pela definição de Adolfo Braga Neto:

A mediação familiar pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente ajuda, em reuniões separadas ou conjuntas com os familiares envolvidos em conflitos, a promover um diálogo diferente daquele decorrente da interação existente por força do conflito. O papel do mediador familiar é o de acompanhar e apoiar mudanças daquela interação, as quais ocorrerão caso o diálogo diferente aconteça, podendo ou não levar à criação de soluções que atendam a todos os envolvidos<sup>345</sup>.

No que diz respeito a regulamentação do CPC nas ações de família, é o artigo 694 do Código de Processo Civil para prescrever que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz, inclusive, dispor de outros profissionais para auxiliá-lo em uma mediação multidisciplinar. Tal dispositivo denota compreensível predisposição do legislador para a resolução consensual de um conflito oriundo do direito de família, ante a necessidade e utilidade do restabelecimento de uma relação saudável entre as partes. Adiante, o artigo 696 reforça que podem ser realizadas quantas sessões de mediação forem necessárias para a solução do conflito.

Para Christopher Moore, o cenário em que o uso da mediação aumenta com mais rapidez é nas demandas envolvendo direito de família. Nas disputas de direito de família os arranjos mediados consensualmente são mais convenientes e satisfatórios dos que os resultantes de uma imposição do Estado<sup>346</sup>.

Pietro Perlingieri, ao mencionar a importância do acordo no direito de família, ressalta a importância do exercício da autonomia no que tange às escolhas de vida dos indivíduos: “A autonomia no campo familiar, e ainda mais naquele que se refere ao exercício das relações

---

<sup>345</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação familiar: A experiência da 3ª Vara de Família do Tatuapé**. São Paulo: CL-A Editora, 2018. Edição do Kindle. p. 386.

<sup>346</sup> MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995. p. 58.

peçoais, concilia-se com uma concepção não publicista da instituição familiar”<sup>347</sup>. E ainda, continua: “O acordo sobre a direção familiar torna-se típica expressão, ponto de confluência entre exigências existenciais e patrimoniais”<sup>348</sup>.

A mediação familiar propõe um diálogo diferenciado, focado na perspectiva do futuro daquela relação conflituosa. Ao contrário de uma decisão imposta por um terceiro, a solução acordada entre as partes possui um índice alto de cumprimento espontâneo, uma vez que se sentem satisfeitas com o resultado<sup>349</sup>. Oportunas as palavras de Adolfo Braga Neto:

Atinge-se com isso a pacificação de seus membros, que com a mediação acabam aprendendo a gerir, transformar ou resolver seus próprios conflitos pela via do diálogo voluntário, com confidencialidade, que leva à reflexão sobre suas perspectivas pessoais futuras.

(...) A mediação no contexto familiar oferece, por intermédio de seu processo interativo, a conscientização das responsabilidades e dos papéis que cabem a cada um dos integrantes da família, tendo um terceiro sem qualquer caráter impositivo, que os incentivará a promover uma nova dinâmica<sup>350</sup>.

Cabe a utilização da mediação familiar nos mais diversos tipos de conflitos envolvendo a família, dentre eles: disputas conjugais em caso de divórcio; divergências no reconhecimento de uma união estável; disputas relativas ao exercício de paternidade, envolvendo reconhecimento, tutela, pensão; problemas entre irmãos envolvendo cuidado com genitores, questões patrimoniais em caso de herança; disputas entre pais e filhos envolvendo reconhecimento, alimentos, e inúmeros outros temas<sup>351</sup>.

A mediação familiar tem tido utilização cada vez mais ampla e com resultados relevantes. Sua utilização tem sido efetiva tanto extrajudicialmente contribuindo na melhora da comunicação e na prevenção da escalada do conflito o que gera problemas graves para as relações familiares, quanto judicialmente, possibilitando, a qualquer tempo, a reavaliação do conflito, possibilitando, em muitos casos, um novo rumo para a família<sup>352</sup>.

---

<sup>347</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: tradução de Maria Cristina De Cicco**. 3ª ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 302.

<sup>348</sup> Ibid. p. 302.

<sup>349</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação familiar: A experiência da 3ª Vara de Família do Tatuapé**. São Paulo: CL-A Editora, 2018. Edição do Kindle. p. 386.

<sup>350</sup> Ibid. p. 341.

<sup>351</sup> GALANO, Monica Haydée. **Mediação familiar**. In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016. p. 599.

<sup>352</sup> Ibid. p. 613.

## 7.6 O artigo 334 do CPC e o princípio da autonomia privada

Fernanda Tartuce aponta que, no sistema jurídico brasileiro, a tentativa de se estabelecer consenso entre as partes previamente, já esteve presente em diversos dispositivos normativos. Já as Ordenações Filipinas previam a tentativa conciliatória prévia:

E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas e se sigam entre eles o ódio e dissensões, se devem concordar e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso. E isto, que dissemos de deduzirem as partes à concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos em que o bem puderem fazer. Porém, isto não terá lugar nos feitos crimes quando os casos forem tais segundo as ordenações a justiça haja lugar<sup>353</sup>.

A obrigatoriedade prevista no artigo 334 do CPC é uma das partes mais polêmicas no que tange a mediação/conciliação no diploma processual. A discussão reside em razão da sistemática prevista em que a audiência de mediação e conciliação é de designação obrigatória pelo juiz. O artigo prevê que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for caso de improcedência liminar do pedido o juiz irá designar audiência de conciliação / mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência.

Nesse sentido, com a aprovação de alguns autores e discordância de outros, o artigo 334 do CPC determina, de forma compulsória, a realização da audiência de mediação ou conciliação.

A audiência apenas não será realizada em duas hipóteses: quando não se admitir a autocomposição no caso concreto; ou quando ambas as partes manifestarem de forma expressa que não querem a mediação. Nesse último caso, cabe ao autor indicar o desinteresse na autocomposição em sua petição inicial e o réu pode fazê-lo mediante petição apresentada com 10 dias de antecedência da data da audiência.

Em que pese ser a mediação um procedimento consensual, o legislador não prevê a possibilidade da não realização da audiência de mediação quando apenas uma das partes manifesta desinteresse em compor.

---

<sup>353</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. p. 125-126. A autora menciona excerto que compõe as Ordenações Filipinas do ano de 1603 (Livro III, Título XX, § 1º).

Os autores que defendem ser acertada a decisão do legislador pela obrigatoriedade da mediação mencionam que trazer essa ferramenta como fase inicial obrigatória do processo contribuiria, em tese, para economia processual. Em caso de acordo, a parte requerida não precisa sequer apresentar resposta, ficando o processo encerrado<sup>354</sup>.

Outro ponto apresentado é que a obrigatoriedade da mediação como fase inicial na resolução judicial seria necessária para a mudança da cultura, no início as pessoas encarariam como uma obrigação, mas depois, com o passar dos anos e do conhecimento a respeito do instituto, haveria uma mudança cultural que colocaria a mediação como forma efetiva para solução de controvérsias.

Sustenta Fernanda Levy, que apesar da existência da mediação obrigatória em algumas legislações, a única exigência é que as partes compareçam à audiência, uma vez realizada, podem elas optar por não mediar. Complementa ainda que a realização da audiência obrigatória se justifica “pela necessidade de ultrapassar a barreira da resistência e desconhecimento acerca do instituto”<sup>355</sup>. Assim sendo, conciliação e mediação propriamente ditas não são obrigatórias, mas apenas, a presença das partes na primeira audiência de mediação onde poderão manifestar-se a respeito de sua vontade de mediar, podendo, além disso, manifestar-se previamente a respeito.

Noutra senda, existem duras críticas ao artigo. Para Fernando Gama de Miranda Netto e Irineu Carvalho de Oliveira Soares, a obrigatoriedade seria incabível, uma vez que implícito ao princípio da autonomia privada estaria à voluntariedade, a autonomia não estaria sendo respeitada se as pessoas fossem obrigadas a participar do procedimento<sup>356</sup>. A imposição obrigatória não consistiria em forma adequada de promoção do instituto<sup>357</sup>.

Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Pedrosa tecem duras críticas a respeito da obrigatoriedade em artigo intitulado: “Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça”. Os autores defendem que a mediação obrigatória,

---

<sup>354</sup> BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e o princípio da cooperação**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018. p. 17.

<sup>355</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

<sup>356</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil**. In: A mediação no novo código de processo civil. Coord.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.116.

<sup>357</sup> Ibid. p. 117.

que vem sendo incluída em alguns ordenamentos, descaracteriza o instituto, por terem a finalidade de servir a propósitos exclusivamente estatísticos<sup>358</sup>. E ainda complementam: “A campanha desenvolvida por algumas autoridades para empurrar literalmente as partes para uma mediação reflete uma visão distorcida do acesso à justiça e totalmente equivocada do instituto, que sem dúvidas, repisa-se, é essencialmente voluntário”.

De forma bastante crítica, no mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves menciona que a solução autocompositiva não poderia ser imposta àquele que já manifestou seu desinteresse: “a exigência e que o desinteresse seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito”<sup>359</sup>.

Também se apresenta desfavorável à obrigatoriedade José Miguel Garcia Medina, em seu Código de Processo Civil Comentado, que ao citar Alexandre Câmara, menciona que o voluntarismo é pilar da mediação, bem como a autonomia privada, dessa forma, ninguém pode ser obrigado sequer a participar de procedimento de mediação<sup>360</sup>. O autor defende ainda que, fazendo uma interpretação do CPC como um todo e em conjunto com a Lei de Mediação, inclusive mencionando o dispositivo “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (art. 2º, parágrafo 2º da Lei 13.140/2015), a manifestação de uma das partes pelo não interesse na conciliação seria necessária para a não realização da audiência<sup>361</sup>.

Assim sendo, parte dos autores defende que a obrigação de comparecimento é absurda e que a manifestação contrária de apenas uma das partes teria o condão de evitar a audiência de mediação/conciliação. Outra parte defende que a lei é clara e cogente, obrigando a realização da audiência ainda que uma das partes se manifeste contrária a ela, nesse sentido também é o posicionamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, em seu Código de Processo Civil Comentado<sup>362</sup>.

Além da previsão da mediação obrigatória não podemos deixar de mencionar outra questão bastante criticada: o parágrafo 8º do artigo 334 prevê que o não comparecimento

---

<sup>358</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça**. p. 7.

<sup>359</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 573.

<sup>360</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 599.

<sup>361</sup> Ibid. p. 599.

<sup>362</sup> NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018. p. 1069.

injustificado do autor ou do réu à audiência de mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça imputando penalidade de multa de até 2% do valor da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Sobre a multa, o código ao mencionar “até 2%” lamentavelmente deixa em aberto qual seria o valor exato da penalidade, sem indicar critério algum de quantificação. Além disso, questiona-se se obrigar as partes ao comparecimento seria um meio eficaz de proceder, vez que as partes não são obrigadas a conciliar. A mediação, conceitualmente, parte do interesse espontâneo das partes em finalizar a demanda por meio de um acordo recíproco e não haveria espaço para exercício de autonomia em um ato de presença forçada e condenado por pena de multa. Além do mais, como bem alerta Daniel Amorim, agendar audiências sem perspectiva de acordo irá ainda mais congestionar a pauta de audiências, atrasando ainda mais o processo<sup>363</sup>.

Entendemos que a determinação da mediação como fase inicial do processo judicial, é salutar, contudo, cabe a apreciação do caso concreto. Quando houver na inicial demonstrações suficientes de que a fase de autocomposição seria desnecessária, baseada em comprovações de que as partes tentaram se compor em outras oportunidades, ou que ainda chegaram a algum acordo, mas houve descumprimento por alguma parte. Enfim, a promoção do instituto da mediação é essencial, contudo, não às custas da violação da autonomia privada e da celeridade processual.

Acreditamos, portanto, que a audiência pode ser dispensada pelo juiz quando houver manifestação de vontade do autor na inicial (em respeito à autonomia privada), acrescida de alguma demonstração de que a fase consensual seria desnecessária, protelatória ou inconveniente no caso concreto.

Dessa forma, propõe-se aqui uma análise sistêmica do CPC, especialmente considerando-se o parágrafo 2º do artigo 3º que prevê que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual do conflito. A expressão “sempre que possível” indica a necessidade de análise do caso concreto. A regra geral seria pela designação da audiência, contudo, quando houver expressa manifestação do autor ou réu pela não realização acrescida da demonstração de que essa fase seria desnecessária, protelatória ou inconveniente o juiz deve fazer a análise do caso concreto e pode sim dispensar a audiência.

---

<sup>363</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 575.

Assim, inclusive, é o que dispõe o enunciado 29 da I Jornada de “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

29. Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado<sup>364</sup>.

É inadequado ao princípio da autonomia privada obrigar à sessão de mediação quando uma das partes se manifesta pela não realização. Também acreditamos que proporciona um efeito rebote na tentativa da disseminação da prática, mediações forçadas e realizadas sem a técnica adequada, ou ainda por mediadores despreparados, gera uma repulsa ao instituto, ante a difusão de uma prática realizada de forma incorrera. A mediação é voluntária por definição própria e deve ser buscada por suas qualidades e pela efetividade na solução de conflitos e não pela imposição do Poder Judiciário. Nas palavras de Fernanda Tartuce:

O caminho mais pertinente e condizente com os meios consensuais é disponibilizar e divulgar, ao máximo, as iniciativas prolicuas e incentivas as partes e os advogados a conhece-los por meio de palestras informativas ou sessões de pré-mediação. Embora o caminho possa se apresentar mais longo e demorado em termos de adesão generalizada à mediação, esta tem sido a experiência mais produtiva em outros ordenamentos<sup>365</sup>.

Por fim, apenas para não passar em branco, trazemos ao trabalho o parágrafo 2º do artigo 334 que prevê, desde que seja necessária para a composição entre as partes, a possibilidade de agendamento de mais de uma sessão de mediação. Em certos casos, principalmente em problemas complexos, não é possível solucionar o conflito com apenas uma sessão. Assim sendo, caso o mediador entenda que o conflito possa ser solucionado de forma consensual, pode designar nova sessão, nas palavras de Daniel Amorim, “justifica a designação de nova sessão se houver perspectiva de solução consensual diante do que ocorreu na sessão anterior”<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios” – 23 e 23 de agosto de 2016 – Brasília/DF. Realização: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Coordenação: Min. Luis Felipe Salomão; Min. Antonio Carlos Ferreira; Prof. Kazuo Watanabe; Prof. Joaquim Falcão.

<sup>365</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. p. 319.

<sup>366</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 571.

## 7.7 Participação do Ministério Público e da Magistratura

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 3º da Lei de Mediação, a mediação envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologada em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. Portanto, importante verificarmos a relação da Magistratura e do Ministério Público com os meios autocompositivos.

Conforme visto em capítulo anterior, como não existem critérios objetivos para determinação de parâmetros para solução de conflitos envolvendo direitos indisponíveis, existe o risco de, na percepção do promotor de justiça o ou do juiz, aquele acordo ser prejudicial a uma das partes. Assim, cabe a análise do caso concreto, para que possam verificar se cabe ou não a homologação.

No que diz respeito à relação da Magistratura com os meios autocompositivos, trazemos a visão de Ricardo Pereira Júnior que ao mencionar que o Poder Judiciário padece como vítima de seu próprio sucesso, em razão da viabilização do acesso à justiça, da popularização de demandas que são acessíveis a todos, apresenta a seguinte proposta:

A alternativa é a construção de um novo paradigma operacional do Judiciário, que parta da compreensão dos problemas com que tem de lidar, das dificuldades causadas por sua natureza originariamente burocrática de poder e da adoção de metodologias de trabalho abertas e flexíveis, conferindo-lhe instrumentos dotados de agilidade e precisão, compatíveis com as demandas da sociedade atual e a complexidade que a caracteriza<sup>367</sup>.

Ao mencionar a atividade do magistrado, o autor menciona que o caráter integrador da atividade por ele desempenhada “dá a nota de criatividade a seu trabalho”<sup>368</sup>. Cabe ao Poder Judiciário, visando a pacificação social, “incentivar processos e mecanismos consensuais e autocompositivos que mais aproximem o cidadão da verdadeira justiça”<sup>369</sup>. Busca-se a pacificação do conflito com a solução de todas as questões que permeiam o relacionamento entre os interessados<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> PEREIRA JÚNIOR, Ricardo. **Judiciário e Modernidade: Ordem jurídica, Tempo, Espaço e Atuação da Justiça**. São Paulo, editora da Universidade de São Paulo, 2016. p. 164.

<sup>368</sup> Ibid. p. 171.

<sup>369</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos**. In: Fundamentos da mediação de conflitos para magistrados. André Gomma (org.). Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2009/fundamentosMediacaoConflitosMagistrados-andreGommaAzevedo.pdf> acesso em 08.07.2019. p. 5.

<sup>370</sup> Ibid. p. 5.

No que tange à atuação do Ministério Público, trazemos o entendimento de Gregório Almeida, Martha Beltrame e Michel Romano ao mencionar que o perfil de atuação vigente na Constituição Federal impõe uma releitura da atuação judicial e extrajudicial da instituição:

A capacitação dos membros e servidores da instituição para a resolução de controvérsias, conflitos e problemas pelo diálogo e pelo consenso passa a ser um caminho necessário a ser trilhado pelo Ministério Público como instituição constitucional fundamental de acesso à justiça. A negociação e a mediação são técnicas legítimas para ampliar e consagra a dimensão constitucional do Ministério Público como garantia fundamental de acesso à justiça da sociedade<sup>371</sup>.

A atuação resolutiva vem sendo incentivada pelo Ministério Público em diversos contextos: “o que coopera para promover o desenvolvimento harmônico e sustentável”<sup>372</sup>. Segundo Rodrigo Schoeller de Moraes e Márcia Kamei López Aliaga:

De busca de priorizar a atuação extrajudicial, passa-se para o fomento da atuação resolutiva, que permite a convergência de todas as formas de atuação. Levando em consideração que é indispensável desenvolver essa convergência na esfera institucional, interinstitucional e na comunidade geral, a percepção de uma missão comum afigura-se relevante. Essa missão pode ser traduzida na busca de promover o desenvolvimento harmônico e sustentável em âmbito pessoal, familiar, institucional, interinstitucional, nacional, internacional e na comunidade em geral (compreendendo as comunidades tradicionais, virtuais, entre outras) dessa forma, é possível atender as necessidades a curto, médio e longo prazos, concretizando e realizando o previsto na CF/88, inclusive no que se refere às atribuições do Ministério Público.

Ainda como forma de fomentar as práticas autocompositivas, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. A política possui o objetivo de “assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a instituição”<sup>373</sup>. Ainda, o parágrafo único do artigo 1º dispõe que:

Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o

<sup>371</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjane. **Novo perfil constitucional do Ministério Público – negociação e mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual de controvérsias, conflitos e problemas**. In: Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 91.

<sup>372</sup> MORAES, Rodrigo Schoeller de; ALIAGA, Márcia Kamei López. **O desenvolvimento harmônico e sustentável por meio da atuação resolutiva: implementando o estabelecido na Constituição Federal de 1988 e em diretrizes nacionais e internacionais**. In: Tendências em direitos fundamentais: possibilidades de Atuação do Ministério Público, volume 1. Conselho Nacional do Ministério Público – Brasília: CNMP, 2016. p.

<sup>373</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Art. 1º.

processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos<sup>374</sup>.

Nota-se, portanto, o empenho da Magistratura e do Ministério Público em difundir e aplicar práticas autocompositivas de resolução de conflitos, o que é imprescindível para o desenvolvimento dos institutos.

Por fim, acreditamos que a postura dos agentes públicos se pauta cada vez mais pela valorização da solução dada pelas próprias partes, interferindo apenas para não homologar os casos em que haja violação contundente o que contribui para o prestígio dos meios autocompositivos e à valorização da autonomia das partes.

---

<sup>374</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Art. 1º, § único.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes e intensas mudanças sociais demandam soluções cada vez mais criativas para os conflitos humanos. Uma vez que os conflitos podem ser vistos como oportunidades de evolução das relações entre pessoas, formas de solucionar que fomentem o diálogo e proporcionem o exercício da autorresponsabilidade dos envolvidos contribuem, de fato, para a pacificação social.

Assim, surge um cenário fértil para o estudo e o desenvolvimento de meios autocompositivos para a resolução de conflitos, dentre eles a mediação, que foi estudada no presente trabalho. Aliás, a própria atenção recente do legislador no que diz respeito aos meios autocompositivos para solução de controvérsias demonstra a grande relevância e contemporaneidade do assunto.

Tais métodos, que já foram considerados como “alternativos”, hoje são reconhecidos como “adequados” para a solução de conflitos. A questão terminológica, longe de ser apenas uma questão semântica, evidencia a consideração da eficácia dos meios autocompositivos. Houve uma ressignificação do direito do acesso à justiça, buscando-se uma solução tempestiva, justa e adequada.

Desta forma, a proposta do Tribunal Multiportas, introduzido no Brasil pela Resolução 125 do CNJ e tendo sua utilização impulsionada pelos diplomas jurídicos apresentados, vem romper com a sistemática centralizada que entendia que as demandas só poderiam ser resolvidas pelo juiz, dando a oportunidade que o conflito também possa ser solucionado por outras vias, mais adequadas e satisfatórias para muitos casos.

Não podemos deixar de mencionar a questão da demora na prestação jurisdicional, que se dá, em grande parte, pela grande quantidade de processos. Apesar de todos os esforços do Poder Judiciário, o volume de processos é maior do que a capacidade física de dar vasão a todos eles. Aqui, contudo, é necessário trazer uma observação: mediação e conciliação não são soluções mágicas para a demora de julgar do Poder Judiciário, podem, contudo, quando bem empregadas, ter como consequência extinguir Processos Judiciais logo no seu início, com uma solução satisfatória para as partes ou até mesmo evitar a demanda judicial com um acordo pré-processual.

Seja pelo excesso de processos que tramitam no Poder Judiciário, seja pela relevância do empoderamento das partes no sentido de também enxergá-las como responsáveis e capacitadas para a solução de seus próprios conflitos, seja pelo valor da autocomposição para a pacificação social e a prevenção de novos e reiterados conflitos, fica confirmada a importância do estudo e da divulgação de boas práticas de mediação e conciliação.

Mas, boas práticas, em que sentido? No sentido se serem eficazes e realmente conscientizadoras da importância de mediar e conciliar, na verdadeira acepção da palavra, com o emprego de técnicas adequadas, e apenas assim serão se forem conduzidas por profissionais capacitados, treinados e comprometidos com o desenvolvimento do instituto.

Menciona-se aqui, por consequência, a solução do conflito com a observância das suas características intrínsecas, respeitando a vontade das partes. Em decorrência disso, o resultado pode ser customizado para atendimento das peculiaridades que se apresentam no caso concreto.

É fundamental a análise, sob a ótica constitucional, dos valores que devem ser tutelados pelo Estado e limitantes da autonomia do indivíduo, sob pena de que alguns indivíduos tenham tolhidas suas próprias liberdades e garantias individuais.

Os meios autocompositivos permitem o exercício da autonomia privada de forma bastante ampla. A possibilidade de as partes posicionarem-se ao compor um acordo traz consigo o exercício completo da autonomia uma vez que, frente à existência do conflito, não ficam sujeitas à decisão de um terceiro, podendo, por si próprias, desenhar uma solução satisfatória.

A autonomia privada apresenta-se, portanto, como força motriz que inicia a mediação bem como ela é que irá alimentar a mediação no sentido de que as partes apenas permanecem em seu procedimento se assim desejarem. A autonomia, ainda, está presente no final da mediação, pois qualquer termo redigido apenas conterà o que for da vontade das partes. Indo-se além, podemos mencionar que as partes podem revisar o acordado, em momento posterior, se assim consensualmente desejarem, também impulsionados pela autonomia.

Contudo, alguns problemas práticos e teóricos se apresentam. A disponibilidade de direitos atua propriamente como balizas para o exercício da autonomia privada pelo indivíduo. Assim sendo, vimos que existe um delicado equilíbrio entre onde termina a liberdade das partes, exercida através da autonomia, e onde inicia o dever do Estado em

tutelar relações jurídicas sensíveis. Trata-se de um tema crucial uma vez que o exercício da autonomia deve ocorrer da maneira mais completa possível. Entretanto, as partes também desejam a segurança jurídica no sentido de que o acordado por elas terá validade por ter sido elaborado em consonância com os limites impostos pela lei.

Assim, importante ocupar-nos do estudo dos limites que o ordenamento jurídico impõe à autonomia, ou seja, em quais casos os cidadãos encontram as barreiras impostas pelo Estado. Trata-se de um equilíbrio complexo. A autonomia, em alguns casos, deve sofrer limitações em razão da natureza dos direitos a serem preservados. Por outro lado, o exercício da autonomia também deve ser garantido em razão dos próprios direitos a que dizem respeito. Fato é que árdua tarefa é atribuída ao Direito no sentido de conciliar os espaços em que o Estado não deve intervir para que a liberdade do indivíduo seja respeitada com, por outro lado, as situações que justificam a intervenção do Estado para impor limites e regras, em razão do bem comum.

Precisamos, por fim, rever a cultura do litígio que segue impregnada na sociedade e nos operadores do direito, desde os bancos acadêmicos, para a aplicação de uma cultura mais eficiente para solução de controvérsias, contribuindo para a pacificação social resolvendo e evitando conflitos.

Devolver às partes à autonomia para solucionar seus próprios conflitos, buscando a pacificação social e mudando a visão da sociedade de como tratar suas controvérsias é a principal finalidade na qual se ancoram os meios autocompositivos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios” – 23 e 23 de agosto de 2016 – Brasília/DF. Realização: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Coordenação: Min. Luis Felipe Salomão; Min. Antonio Carlos Ferreira; Prof. Kazuo Watanabe; Prof. Joaquim Falcão. Disponível em: [http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Enunciados\\_I\\_Jornada.pdf](http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Enunciados_I_Jornada.pdf). Acesso em 23/03/19.

ABREU, Alexandre Lopes de. **O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do direito**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018

AGUIAR, Monica. **Balizas para a Criação Judicial do Direito em Face da Lei de Introdução ao Código Civil**. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

ALEXY, Rorbert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela *Suhrkamp Verlag* – São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjane. **Novo perfil constitucional do Ministério Público – negociação e mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual de controvérsias, conflitos e problemas**. In: Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.

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

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta; JONATHAN Eva. **Mediação de Conflitos pra iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional.** Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em 20.06.2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental** – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo, Atlas, 2017.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: novas tendências: Mercosul e Convenções Internacionais** – Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

AYDOS, Elena de Lemos Pinto. **Hermenêutica e Interpretação: Um estudo dos cânones de Carlos Maximiliano.** Disponível em: <https://www.academia.edu/download>. Acesso em: 10.11.2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia.** In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54.

BACELLAR, Roberto Portugal. **O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos.** In: Fundamentos da mediação de conflitos para magistrados. André Gomma (org.). Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2009/fundamentosMediacaoConflitosMagistrados-andreGommaAzevedo.pdf> acesso em 08.07.2019.

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

BARBOZA, Heloisa Helena. **Reflexões sobre a autonomia negocial.** In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. **Situação atual do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em <https://www.academia.edu/download>. Acesso em 07.12.2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

BATISTA, Alexandre Jamal. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos direitos reais**. In: Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v.1.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico: tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr.** São Paulo: EDIPRO, 2011;

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada** - São Paulo: Saraiva, 2005 (coleção Prof. Agostinho Alvim / coord. Renan Lotufo).

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação familiar: A experiência da 3ª Vara de Família do Tatuapé**. São Paulo: CL-A Editora, 2018. Edição do Kindle.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª Ed. Brasília/DF:CNJ, 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de conflitos: Princípios e norteadores**. Revista da Faculdade de Direito Uniritter. Porto Alegre, n. 11, p. 29-46, 2010. Disponível em <https://seer.uniritter.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=view&path%5B%5D=459&path%5B%5D=283>. Acesso em 18.03.2019.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019.

BUSH, Robert A. Batuch. FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict** – rev. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e o princípio da cooperação**. In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil. Coord. RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhenzi de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; DIAS, Eduardo Machado. Curitiba: Prismas, 2018.

BUITONI, Aldemir. **Mediar e conciliar: as diferenças básicas**. Jus Navigandi, n. 2707, ano XV, Teresina, nov. 2010. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>]. Acesso em 10.02.2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010**. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro (s/ indicação de tradutor) **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. Revista de Processo. vol. 74, p. 82/97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial civitas, S.A., 1985.

Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Análise do artigo 2º da Lei de mediação. In: Lei de Mediação comentada artigo por artigo.** Coord. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Felipe Cesar. Indaitatuba, SP: Editora Foco, 2018.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, v. 1, tomo 1, parte geral, 2000.

COSTA, Aldo de Campos. **O “silêncio eloquente” na jurisprudência do Supremo.** Revista eletrônica Consultor Jurídico. 21 de novembro de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-21/toda-prova-silencio-eloquente-jurisprudencia-supremo>. Acesso em 18.11.2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos.** In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 161-201. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos>. Acesso em 15.04.2019.

Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada.** 18ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013;

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** – v. 5. 6ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2006.

DEWEY, John. **Logical Method and Law.** The Philosophical Review, vol. 33, nº 06 (Nov. 1924), pp. 560-572. Cornell Law Review, vol. 10 nº 01, dez/1924.

DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais.** Revista opinião jurídica. V. 8, n. 12 – 2010. Disponível em <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/829/298>. Acesso em 20.06.2019.

DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado – Rio de Janeiro: Renovar, 2017.**

DONINI, Rogério. **A complementação de lacunas no Código Civil: Continua a vigor o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB?** In: CASSETARI, Cristiano. 10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONNINI, Rogério. LEMOS, Rafael Abs Musa. **Dignidade e autonomia: a ponte dogmática para o testamento vital**. Revista Quaestio Iuris. Vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.**

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito – 2ª ed. – 18 reimp. – São Paulo: Atlas, 2012.**

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. – 4ª reimp. – São Paulo: Atlas, 2012.

FERRI, Luigi. **L'autonomia Privata**. Milano: Giufrè, 1959.

FISCHER, Roger; URY William; PATTON Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**; tradução de Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges – 2ª ed. revisada e ampliada - Rio de Janeiro. Imago Ed., 2005.

GALANO, Monica Haydée. **Mediação familiar. In: conciliação e mediação – ensino em construção**. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito** – 3. ed. rev. e atual. –Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência.** Claudio Luiz Bueno de Godoy ... (et. al.). Coordenação Cezar Peluso. – 13. ed. – Barueri: Manole, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 13, n. 91, set/out. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC.** In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano; VIGORITTI, Vincenzo Coord. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.** 3ª reimp. – São Paulo: Atlas, 2013.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos.** 2ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996.

HILPINEN, Risto. **On Practical Abduction.** In Theoria, 2007, vol. 73, nº 3, pps. 207-220.

JHERING, Rudolph Von. **A luta pelo Direito – Der kampf ums recht.** Tradução de Dominique Makins – São Paulo: Hunter Books, 2012.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.** RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set/dez 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>. Acesso em 17.11.2017.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Código de ética: princípios, regras de conduta, sanções, remuneração e supervisão. In: conciliação e mediação – ensino em construção.** Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016.

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

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **“Sistema Multiportas”:** opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação em Direito. Coord. SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Editora Gen – Método: São Paulo, 2012.

MACFARLANE, Julie. **The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law.** Canada, The University of British Columbia, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS- COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação** – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS- COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”:** as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/codigo-civil-lei-n-10-4-6-2002>. Acesso em 15.09.2017.

MARTINS- COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico.** Revista dos Tribunais. Doutrinas essenciais de Direito Civil. Vol. 1 – p. 473-493 – out. 2010.

MASSINI, Carlos I. **La interpretación jurídica como interpretación práctica.** In Persona y Derecho nº 52 (2005), pps. 413-443.

MATTOS NETO, Antônio José. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem.** Revista de Processo. Vol. 122/2005. p. 151-166. Abr. 2005. Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana** – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In: Teoria Geral dos Contratos. LOTUFO Renan; NANNI Giovanni Etori (coord.) – São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil**. In: A mediação no novo código de processo civil. Coord.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. Coord. Kenneth J. Arrow et al. – São Paulo: Saraiva, 2011 – série GV law.

MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediacion: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica Editorial, 1995.

MORAES, Rodrigo Schoeller de; ALIAGA, Márcia Kamei López. **O desenvolvimento harmônico e sustentável por meio da atuação resolutiva: implementando o estabelecido na Constituição Federal de 1988 e em diretrizes nacionais e internacionais**. In: Tendências em direitos fundamentais: possibilidades de Atuação do Ministério Público, volume 1. Conselho Nacional do Ministério Público – Brasília: CNMP, 2016.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família – Limites para intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral, v. 1**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. In:

LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional: caderno 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASSIF, Elaine. **Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Ed. RT, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único** – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do Direito**, 7 ed., Saraiva, 2007.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **L'autonomia privata nel diritto di famiglia**. In., Saggi di diritto civile, I, Jovene: Napoli, 1961, p. 381, già in Dir. giur., p.3.

PEGUINI, Cesar Carlo. **Princípios, regras, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: análise acerca da teoria geral dos contratos**. In: Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali. Coord. Alexandre Jamal Batista. Coleção direito privado em debate – 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Ricardo. **Judiciário e Modernidade: Ordem jurídica, Tempo, Espaço e Atuação da Justiça**. São Paulo, editora da Universidade de São Paulo, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional** - tradução de Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça**.

Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>>  
Acesso em 10.01.2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Análise do artigo 3º. Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover.** Org. CABRAL, Tricia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado – Parte especial. Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.** Rio de Janeiro, RJ: Editor Borsoi, 1959.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada** - Coimbra: Almedina, 2017.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. **Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais.** In: LOTUFO, Renan. Direito civil constitucional, caderno 3. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002]

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1** – Rio de Janeiro: EMERJ, 2017. Disponível em <<http://www.conima.org.br/arquivos/15988>>. Acesso em 24.02.2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade.** Revista da informação legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 41, p. 113-130. Jul./set. 2004.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Teoria geral do conflito – visão da psicologia.** In: conciliação e mediação – ensino em construção. Coord. LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal. IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados. 1ª ed. – São Paulo – 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao artigo 1º, III.** In: CANOTILHO, J., J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013.

SILVA, Denis Franco. **O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIMPSON, Alan. **The role of Law in Conflict Management**. Disponível em <<https://www.mediate.com/articles/simpson.cfm>>. Acesso em 20 jun. 2018.

SIOUF FILHO, Alfred Habib. **Negociação para resolução de controvérsias**. In: *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação em Direito*. Coord. SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Editora Gen – Método: São Paulo, 2012

SOUZA FILHO, Carlos Fredrico Marés de. **O Direito Constitucional e as lacunas da lei**. Revista eletrônica Brasília a. 34 n 133 jan/mar 1997. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188/r133-01.PDF?sequence=4>. Acesso em 18.11.2017.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. 2ª.ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de mediação: mediação e conciliação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. 1ª ed. São Leopoldo: Letramento, 2017.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. – São Paulo: LTr, 2003.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 24.02.2018.

TARTUCE, Fernanda. **Opção por Mediação e Conciliação**. Revista Científica Virtual. Ed. 23 OAB ESA. Disponível em

<<https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf>>. Acesso em 24.02.2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 1. **Lei de Introdução e Parte Geral**. 13. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil**. RCS Editora: São Paulo, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual**. Revista do Ministério Público. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vol 1, n.1 (jan./jun. 1995) – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VELIKONJA, Urska. **Making peace and making Money: economic analysis of the Market for mediators in private practice**. Albany Law Review, vol. 72, 2009, pp. 277-291.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: IMAB, 1998.

VICENTE, Dário Moura. **A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, p. 275-302, jul/set.2016.

WAMBIER, Tereza Arruda. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do código civil de 2002 – a função social do contrato**. São Paulo: Ed. RT. Vol. 831/2005. p. 59-79, jan/2005.

WATANABE Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em 24.02.2018.

WATANABE Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Coord. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: Ed. DJP, 2005.

WATANABE Kazuo. **Modalidade de mediação**. Série Cadernos do CEJ, 22. p. 43 – 50. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf> Acesso em 17.04.2019.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Vol III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. *Harvard Business Review* – tradução de Roberto Grey. Rio de Janeiro: sextante, 2018.