

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

ACESSO À JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

FERNANDA HOLANDA DE VASCONCELOS BRANDÃO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso a justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-397-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Negócio Jurídico.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília - DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, contemplou, como tema central, “Desigualdade e Desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho “Acesso à Justiça”, coordenado pelas Profas. Dras. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília (UnB).

Com o propósito de garantir a construção dialógica de conceitos e estruturas do pensamento, pesquisadoras e pesquisadores associados ao CONPEDI debateram os resultados de suas investigações científicas no referido GT que desenvolveu suas atividades na tarde do dia 21 de julho de 2017.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho perpassou pela discussão proposta por 23 artigos. O Acesso à Justiça foi analisado e debatido sob o olhar da garantia do meio ambiente, da educação às pessoas com deficiência, das ações coletivas, da preocupação com a relativização da defesa processual, da mediação, da conciliação, da arbitragem, dos direitos fundamentais, da assistência judicial gratuita, da atuação da defensoria pública, da dialogia com a ciência política, dos negócios jurídicos processuais, dos precedentes judiciais, da desjudicialização e do espectro digital dos atos e medidas processuais.

As coordenadoras dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadoras e pesquisadores das mais diversas localidades e nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Brasília, julho de 2017.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Profa. Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Universidade Federal da Paraíba /UFPB

A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA O EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

MEDIATION AS AN EFFECTIVE TOOL FOR THE EXERCISE OF THE PRINCIPLE OF PRIVATE AUTONOMY.

Maria Flávia de Freitas Ferreira ¹
Claudiane Aquino Roesel ²

Resumo

A presente pesquisa pautou-se no estudo da Mediação como ferramenta extrajudicial de resolução de conflitos, ressaltando sua importância para a emancipação das partes em solucionar suas controvérsias, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O trabalho também analisa a distinção dos princípios da autonomia privada e da autonomia da vontade, bem como sua relevância para o instituto da Mediação. Podendo, a Mediação, ser considerada como um mecanismo transformador das relações sociais, uma vez que, possibilita aos sujeitos um acesso Humanizado à justiça.

Palavras-chave: Mediação, Princípio da autonomia da vontade, Princípio da autonomia privada, Política pública, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The following research was based on the study of mediation as an out-of-court tool of conflict resolution, pointing out its importance for the emancipation of the parts to resolve their disputes without the need of the judiciary intervention. The paper even analyzes the distinction between the principles of private autonomy and the autonomy of will, as well as its relevance to the Institute of Mediation. Thereby mediation can be regarded as a transformative mechanism of social relations, as it enables the subjects one humanized access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Principle of autonomy of will, Principle of private autonomy, Public policy, Access justice

¹ Advogada. Pós Graduada em Família e Sucessões. Pós Graduada em Mediação e Gestão de Conflitos. Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos.

² Advogada. Pós Graduada em Direito Civil pela Faculdade Anhangueira. Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, com a organização da sociedade contemporânea, mudanças sociais, econômicas, culturais, dentre outras, fizeram com que as formas de soluções dos conflitos fossem repensadas.

Pode-se dizer que, no Brasil, infelizmente, existe uma cultura que fomenta o litígio. Nesse sentido, o autor Conrado Paulino da Rosa (2012, p. 53/56) aduz que:

Hoje, o cidadão de qualquer classe social tem consciência da possibilidade de ingressar facilmente em Juízo. A célere frase ‘eu vou te processar’ é mais usada do que o simples questionamento ‘como podemos resolver isso?’. [...] O fato é que o cidadão é educado para uma lógica não do diálogo, mas da imposição. Desde o início da nossa vida, no seio da família, não experienciamos as vantagens trazidas pelo diálogo.

Além das mudanças supramencionadas, da cultura adversarial para a solução dos litígios, há também a centralização do Poder Judiciário em solucionar todo e qualquer tipo de conflito. Esta concentração do Judiciário gera uma massificação na solução das lides, ou seja, em virtude do exacerbado número de processos que cada magistrado possui, fica quase inviável a individualização de cada caso, fazendo com que as decisões não sejam, na maioria das vezes, adequadas à realidade dos tutelados.

Para Fernanda Lima (2015, p. 54), as principais deficiências do Judiciário estão na sua infraestrutura material, econômica e de pessoal, bem como nos aspectos pragmáticos das atividades jurídicas, englobando a linguagem extremamente formal, a burocratização e lentidão dos procedimentos.

Ainda, para Lima (2015, p. 55),

Outro fator contributivo para a crise do Poder Judiciário, e não menos relevante, é que o acesso à justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo ou ao Poder Judiciário. Soma-se a isso o anacronismo, a inadequação de parte da legislação à realidade e a prolixidade do sistema recursal em vigor.

Outro obstáculo que o judiciário possui é o desafio de tentar equalizar a quantidade de casos com a qualidade das decisões, adequando-as à realidade das partes (LIMA, 2015, p. 40).

Em decorrência das problemáticas apontadas, as partes, na maioria dos casos, acreditam que o processo judicial perturba significativamente sua vida pessoal e, conseqüentemente, as deixam ainda mais polarizadas do que estavam no início do processo (ROSA, 2012, p. 57). Ou

seja, quanto mais tempo a lide permanecer no judiciário, mais os envolvidos cristalizam suas posições, fomentando o conflito por meio das trocas de queixas e acusações.

Por todo o exposto, é imprescindível o reconhecimento e admissão pela sociedade e pelas autoridades de ferramentas alternativas para prevenir e/ou solucionar as lides. Ressalta-se que estes mecanismos não almejam substituir o poder judiciário, e sim, contribuir com a resolução humanizada dos conflitos. Conforme Cintra (1990 apud LIMA, 2006, p. 76):

[...] abrem-se os olhos agora, todavia, para todas as modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição [...].

Pretende-se com este artigo demonstrar que as técnicas de solução de conflitos extrajudiciais não são apenas métodos de prevenção e/ou solução de conflitos, ou tão somente meios de desafogar o Judiciário, mas sim, principalmente, uma forma de humanização do direito e pacificação social, uma vez que vão além da aplicação da norma ao caso concreto.

Entendemos que estes ‘novos’ modelos de prevenção e solução dos conflitos vêm se impondo pela emergência da consciência de solucionar os conflitos pacificadamente, com autonomia e maturidade, sem a imposição de uma decisão que, certamente, gera insatisfação a uma das partes envolvidas no conflito, gravando rótulos de vencedor e perdedor. (LIMA, 2007, p. 27)

A fim de corroborar que a Mediação pode ser considerada como um mecanismo eficaz na resolução dos conflitos, além de ser uma ferramenta importante para a emancipação dos cidadãos, tendo em vista que permite aos sujeitos a resolução de seus próprios conflitos, o procedimento metodológico da presente pesquisa iniciou-se com a leitura, estudo e análise das referências bibliográficas indicadas, textos pertinentes ao tema tendo sempre em vista o objetivo a ser alcançado. Valeu-se também pela discussão dos pontos cruciais das obras, uma vez que a abordagem inicial da bibliografia investigada possibilitará a compreensão das mensagens elaboradas pelos autores (análise temática), para em seguida utilizar uma atividade interpretativa, buscando uma análise original do pesquisador.

2 MEDIAÇÃO: CONCEITO E BREVES CONSIDERAÇÕES

Entende-se como mediação o procedimento pelo qual duas ou mais pessoas “trabalham” na resolução de seus conflitos com o objetivo de chegar a um consenso em relação ao ponto de discórdia, estando assistidos por um terceiro neutro.¹

A mediação se traduz na reconstrução de relações que se desgastaram ao longo do tempo por discórdias e divergências de opiniões, refazimento de laços, fomentação e amadurecimento do diálogo entre as partes, valorização das partes envolvidas no conflito, transformação de pontos divergentes em um ponto comum [...]. (LIMA, 2007, p. 27)

A mediação justifica-se por meio do entendimento e aplicação do diálogo para resolução humanizada dos conflitos, almejando o crescimento da Cultura da Paz.

A Cultura de Paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não violenta dos conflitos. É uma cultura baseada em tolerância, solidariedade e compartilhamento em base cotidiana, uma cultura que respeita todos os direitos individuais – o princípio do pluralismo que assegura e sustenta a liberdade de opinião – e que se empenha em prevenir conflitos resolvendo-os em suas fontes, que englobam novas ameaças não-militares para a paz e para a segurança como exclusão, pobreza extrema e degradação ambiental. A Cultura de Paz procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação, de forma a tornar a guerra e a violência inviáveis. (LIMA, 2011, p. 10)

2.1 Escolas Clássicas de Mediação

Mediação Harvardiana: A mediação linear de Harvard foi desenvolvida por William Ury e Roger Fish, professores da Universidade de Harvard. Pode-se dizer que este procedimento é uma evolução da negociação.

Esse modelo tem como objetivos primordiais: ressaltar os interesses e as necessidades de cada mediado, fazendo com que as partes saiam de suas posições; separar as pessoas do problema; formalizar o acordo e a comunicação linear, ou seja, utiliza-se das perguntas diretas e objetivas referentes, apenas, ao conflito.

Mediação Transformativa: A Escola da Mediação Transformativa foi criada pelos autores Robert A. Bush e Joseph F. Folger. O foco deste procedimento está na transformação dos mediados ao longo das sessões, o que viabiliza o refazimento dos laços afetivos; no crescimento dos envolvidos e não na formalização do acordo; no empoderamento e no

¹ A metodologia da Mediação Construtivista possui o Princípio da Neutralidade Ativa. Segundo a professora Fernanda Lima (2015): para a Mediação Construtivista, o princípio da neutralidade é o respeito às diferenças, porque o mediador não vai se despir dos seus valores para mediar.

reconhecimento das partes; nas relações humanas; e na visão positiva do conflito, ou seja, o conflito é uma oportunidade de crescimento pessoal para cada envolvido.

Mediação Circular Narrativa: A terceira escola é da autora Sara Cobb. Possui como principais características: a comunicação verbal; perguntas circulares investigativas; a instalação do caos para a construção de uma nova história que permita às partes ver o problema sobre outro ângulo; a formalização do acordo; e as relações pessoais que são relevantes para que os envolvidos possam chegar a uma nova narrativa.

Mediação Associativa: A última escola a ser abordada é o modelo da Mediação Associativa, cujo autor, Jorge Pesqueira Leal, professor da Universidade de Sonora, México, dispõe como principais características: a qualidade do indivíduo como elemento capacitante, a autocompreensão, a busca pelas qualidades essenciais do ser humano, a compreensão do outro e o perfil do mediador (paciente, intuitivo, sereno, generoso, carismático, dentre outros).

Importante ressaltar a metodologia da Mediação Construtivista, desenvolvida no Brasil pela Professora Fernanda Lima, presidente da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos. A Mediação Construtivista é o método por meio do qual os envolvidos constroem um acordo sólido, duradouro e adequado à realidade dos mesmos, com o auxílio de um terceiro/mediador (ativo e imparcial). Esta metodologia humanista de resolução de conflitos visa, também, o refazimento dos laços que se desgastaram ao longo do tempo e o tratamento integral da lide.

De acordo com a professora Berenice Brandão, em entrevista realizada pela autora Fernanda Lima (2015, p. 87):

Na Mediação Construtivista, o mediador avança junto com as partes, construindo uma estrada emocional diferente daquela que eles estão percorrendo, que é conflituosa, frágil, cheia de pedras. Dessa forma, a proposta é a construção de outra estrada onde eles se sintam encorajados a caminhar acima da dor, aprendendo a arrumar a mala da própria vida, do próprio coração, vencendo os percalços com respeito, adquirindo confiança no próprio poder de decisão [...] seria a Mediação Construtivista.

Ainda, segundo Fernanda Lima (2015, p. 87),

A Mediação Construtivista é um procedimento humanizado que trabalha fatos e sentimentos, e por isto, entende que não basta, para solucionar um conflito, desenvolver as sessões de mediação utilizando, tão somente, a lógica da razão, necessário se faz utilizar, também, a lógica do coração.

Pascal citado por Zimmer (2009 apud 2015, p. 87) dispõe que “ao lado da lógica da razão, existe a lógica do coração”. Para Zimmer, a lógica do coração é aquela capaz de um conhecimento sensível e intuitivo; o coração iria mais fundo do que a razão.

Um dos pontos mais importantes da Mediação Construtivista é que os fatos e sentimentos são trabalhados, ou seja, no primeiro momento, faz-se necessário analisar as questões subjetivas (sentimentos) dos envolvidos para que, posteriormente, as partes possam estar preparadas para lidarem com as questões práticas/fatos.

2.2 Distinções Necessárias

Necessário se faz distinguir os institutos de resolução de conflitos não jurisdicionais, que são: arbitragem, conciliação e mediação.

Na arbitragem, as partes apontarão ou escolherão um terceiro, técnico em determinado tema, para fazer as vezes de um juiz, submetendo sua disputa/conflito à decisão do árbitro.

Arbitragem – é método de solução de conflitos em que duas ou mais pessoas litigantes submetem sua disputa a um terceiro, árbitro, não integrante do Poder Judiciário. Entende Caivano (1992): Se uma pessoa - em uma esfera de liberdade e autonomia de vontade – pode renunciar um direito próprio, parece um princípio natural que pode também entregar a sorte de seu direito à decisão de um particular que inspire confiança. Os árbitros detêm faculdades jurisdicionais, depende em forma imediata da vontade das partes que os designam como juiz para resolver um caso concreto (tradução nossa).² Morais (1999) define a arbitragem como um método heterocompositivo na qual a um terceiro – árbitro ou tribunal arbitral -, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a solução para o conflitos que as (des)une. É dita heterônoma, pois assenta-se na atribuição a um terceiro de poder de dizer/ditar a solução/resposta por meio da designação privada. (LIMA, 2006, p. 83)

A conciliação, por sua vez, é um método pelo qual os interessados chegam a um acordo, em uma única sessão, com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial.

Conciliação – é um método pelo qual as próprias partes, por meio de discussões e debates, por si só, chegam à solução de suas pendências. Segundo Morais (1999), a conciliação apresenta-se como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro, que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. (LIMA, 2006, p. 81)

Por último, destaca-se a mediação como o procedimento mais adequado a solucionar conflitos em que existe relação duradoura entre os envolvidos, uma vez que busca resolver o conflito em sua integralidade, ao longo de sessões, que podem variar conforme o procedimento

² Si una persona – en una esfera de libertad y autonomía de voluntad – puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que inspire confianza. Los árbitros detén facultades jurisdiccionales, depende en forma inmediata de la voluntad de las partes que los designan como juez para resolver un caso concreto.

adotado e o caso concreto. Ressalta-se que na mediação, as duas partes saem ganhando, ou seja, as relações serão reconstruídas por meio do diálogo. Nesse instituto, o mediador individualiza cada caso, buscando adequar os acordos à realidade das partes, fazendo com que as mesmas se sintam atendidas e empoderadas. Isso faz com que a mediação seja considerada o método mais humanizado na resolução de conflitos.

A conciliação e a mediação são consideradas, por muitos profissionais, como sinônimos, mas, sobretudo, esses métodos se distinguem por terem objetivos distintos. A conciliação, por sua vez, trabalha tão somente o conflito principal, objetivando a formalização do acordo final. Enquanto a mediação visa resgatar as relações e empoderar as partes para que elas tenham autonomia para decidirem qual será o melhor caminho a ser seguido e que mais se adapta às suas vidas.

3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

É inquestionável a importância da aplicabilidade dos princípios para o direito, no entanto, faz-se necessário analisar a definição de princípio.

Celso Antônio Bandeira de Mello citado por Fernandes (2012a, p. 34-35) define princípio jurídico como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Segundo Fernandes, pela teoria hermenêutica contemporânea, os princípios assumem uma posição de imperatividade no sistema jurídico, ao contrário do que é percebido no jusnaturalismo e no positivismo jurídico. Atualmente, para não desprezar o conteúdo normativo dos princípios, não mais se utiliza as expressões ‘norma’ e ‘regra’ como sendo sinônimos. (FERNANDES, 2012b, p. 54)

Deste modo, aduz Barberi citado por Fernandes (2012b, p. 54-55):

Assim diante da imperatividade de que são dotados os princípios, é preciso que lhes dê um lugar na teoria da norma, diferente do que lhes atribui o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. E para isso, necessário se faz o abandono da superposição dos conceitos de norma e regra, por conseguinte, construção de uma nova teoria da norma. Neste passo, a distinção entre norma e regra se impõe, até porque, em assim não se procedendo, resta uma dificuldade intransponível de se atribuir normatividade aos princípios, o que se explica pela seguinte indagação: se norma e regra são a mesma

coisa, e princípio (não positivado) não é regra - e, portanto, não é norma -, como os princípios podem ser dotados de normatividade?

De acordo com Fábio de Oliveira citado por Fernandes (2012a, p. 33), os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas. Vale destacar que os princípios não podem ser hierarquizados.

Alguns doutrinadores consideram os princípios como valores, contudo, Habermas trata esta questão de forma singular.

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios dos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por distinguírem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (FERNANDES, 2012b, p. 56-57)

Dworkin sugere inserir os princípios ao lado das regras. Neste contexto, Heloisa Helena Nascimento Rocha citada por Fernandes (2012a, p. 37-38), ao contrário do positivismo de Hart, afirma que regras e princípios:

[...] são diferentes, mas ambos são normas de caráter vinculante e deontológico. Contudo, existem diferenças que precisam ser esclarecidas. Regras apresentam em sua estrutura uma hipótese e uma consequência determinadas, ou seja, descrevem situações e imputam resultados específicos. Ora, se duas regras colidem, a solução de tal conflito só pode ser a eliminação de uma delas ou o estabelecimento de uma cláusula de exceção. Regras funcionam na base do tudo ou nada. Os princípios tratam de questões de justiça e apresentam um caráter aberto por não pretenderem estabelecer sua condição de aplicação. Ademais, princípios possuem uma dimensão de importância ou peso, de modo que em caso de colisão, não há perda de validade, mas aplicação do princípio adequado ao caso. No entanto, o Direito não deve ser compreendido como um conjunto de princípios e regras fixos. Dworkin deixa claro que regras e princípios não são facilmente distinguíveis. Muitas vezes, se torna difícil estabelecer, *a priori*, se uma norma é um princípio ou uma regra. Isto porque princípios podem desempenhar, em um caso específico, o papel de uma regra e vice-versa.

Diante disso, resta claro que o direito é um sistema aberto, que a norma jurídica é o gênero e que possui duas espécies: os princípios e as regras jurídicas.

Isto posto, faz-se necessário analisar princípio da autonomia privada. Este princípio é uma evolução do princípio da autonomia da vontade. Giovanni Ettore Nanni advertiu para a imprescindível “assimilação da transição” da autonomia da vontade para a autonomia privada, tendo em vista que esta se relaciona com os valores constitucionais, devendo estar orientada para a valorização da pessoa humana. (BORGES, 2007, p. 51)

Sá e Pontes citados por Alves (2010, p. 10-11) asseveram:

A expressão “autonomia da vontade” tem sua memória ligada ao liberalismo. Com a propriedade privada, afigura-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal. Tal concepção era extremamente conveniente ao objetivo da época, posto que qualquer limitação dos anseios individuais por parte do estado traria o progresso e o desenvolvimento humano e social, materializando-se em obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo. Assim, vigia uma noção de autonomia ilimitada. O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aproovessem ao homem no período liberal.

Véronique Ranouil aduz que a origem da expressão “autonomia da vontade” adveio da filosofia e também da área jurídica, uma vez que a concretização da ideia de uma pessoa, por si só, é fundamento de direitos. (BORGES, 2007, p. 51)

Vale destacar a definição de Kant para a autonomia da vontade:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal. (RODRIGUES, 2007, p. 5)

Portanto, a autonomia da vontade pode ser compreendida como um princípio pelo qual o sujeito tem a oportunidade de praticar um ato jurídico, definindo-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos, ou seja, há um sentido mais subjetivo. (FARIA, 2007, p. 61)

Ressalta-se que o princípio da autonomia privada opõe-se à teoria voluntarista ao reconhecer que o consenso por si só não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que estiver em conformidade com o ordenamento jurídico ou aquele acordo que não o contrariar (BORGES, 2007, p. 52). Ou seja, a mera declaração de vontade não é bastante para constituir um negócio jurídico. É preciso muito mais para analisar se tal vontade foi manifestada em conformidade com o ordenamento jurídico. Esta somente será considerada se observar os requisitos de validade impostos pelo ordenamento (quanto à capacidade e legitimidade do sujeito, bem como à forma e ao conteúdo do negócio). (ALVES, 2010, p. 12)

O princípio da autonomia privada, por sua vez, caracteriza-se “como o poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, ou seja, o poder de criar, nos limites legais, normas jurídicas”. (FARIA, 2007, p. 61)

De acordo com Amaral citado por Faria (2007, p.61),

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos

particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.

Com efeito, é relevante esclarecer a distinção entre a autonomia jurídica individual e a autonomia privada. Em sentido *lato*, a autonomia jurídica individual é sinônima de liberdade jurídica, sendo esta a faculdade de atuar lícitamente, ou seja, há ausência de proibição de determinada conduta. Já a autonomia privada, *stricto sensu*, entende-se como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações, isto é, liberdade negocial. (BORGES, 2007, p. 47)

Ressalta-se que a autonomia privada não é absoluta, ou seja, existem limites existenciais para a sua aplicação. Nesse sentido, Sarmento citado por Faria (2007, p. 61) aduz que:

[...] autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional.

Entretanto, a autonomia individual não pode ser restringida em prol da coletividade, ocasionando um poder de intervenção do Estado muito forte. Em contrapartida, a autonomia não pode ser ilimitada a ponto que as ações se tornem individualistas. Faz-se necessário equilibrar as relações e atribuir responsabilidades aos indivíduos. (FARIA, 2007, p. 67)

Segundo Vilela citado por Faria (2007, p. 67):

Uma sociedade não pode ser feliz se a respectiva ordem jurídica é mantida ao preço da liberdade. E a liberdade não existe para quem adere por medo. Antes, a organização política e social deve expressar-se em termos tais que comporte e suporte a inobservância de suas próprias regras, se a outro resultado não levar o respeito à autonomia pessoal. Ao mesmo tempo, porém, editará normas cujo acatamento possa integrar o exercício consciente da cidadania e conduzir ao crescimento moral.

Portanto ao fim desse item, têm-se, de um lado, a autonomia da vontade com uma “[...] visão essencialmente liberal, que não faz mais sentido em face de um novo modelo estatal, o democrático de direito [...]”, ao passo que a autonomia privada “[...] é considerada como o livre exercício e desenvolvimento da pessoa, nos termos da sociedade e intersubjetividade, conforme o ordenamento jurídico”. (BORGES apud ALVES, 2010, p. 13)

4 MEDIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Inicialmente, vale destacar que o princípio da autonomia privada, via de regra, é muito utilizado para as obrigações patrimoniais, mas também se aplica nas relações existenciais.

Neste sentido, Borges (2007, p. 50) assevera que:

[...] a autonomia privada não se restringe aos negócios patrimoniais. Perlingieri chegou a afirmar que as “expressões de liberdade em matéria não patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional”. Quanto às relações não patrimoniais, deve-se ressaltar que o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato, e envolve manifestação de autonomia privada, seja ela de cunho patrimonial ou não.

A mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos, isto é, os próprios envolvidos constroem um acordo que melhor se adequa à sua realidade, além de poder manifestar suas reais vontades. Dessa forma, pode-se considerar que há, neste método, o respeito à autonomia privada, uma vez que emancipa as partes na resolução de seus conflitos, proporcionando que elas se tornem legisladoras de seus interesses.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladoras sobre seus próprios interesses. (ALVES, 2010, p. 8)

O instituto da mediação é uma das mais positivas e eficazes maneiras de exercer a autonomia, tendo em vista o empoderamento dos envolvidos em conduzir suas vidas. Júnior assevera que:

Ao despir o conflito de um caráter adversarial, que a sociedade e o próprio legislador teimam em cultivar e reconhecer seu caráter divergente, contextualmente, em relação à dinâmica e trajetória, a mediação atua como filtro que retém todos os conflitos possíveis de serem solucionados por meio de um acordo, já que a solução mais adequada para colocar fim a um conflito é aquela encontrada pelas próprias partes, no pleno exercício da autonomia privada, por ser a que melhor atende seus interesses e, por isso, aquela que terá maior chance de ser voluntariamente cumprida. (JÚNIOR, 2007, p. 204)

O princípio estudado está presente na autonomia que as partes têm em poder gerir seus próprios conflitos; na liberdade de poderem escolher qual o método de solução de litígios mais adequado ao seu caso, judicial ou extrajudicial; na liberdade de escolher qual procedimento de mediação será utilizado (art. 166º, §4º do Novo Cód. De Processo Civil); na escolha do mediador – art. 168º, §1º NCPC (ressalvado o disposto no art. 25º da lei 13.140/2015 – mediação judicial), bem como na voluntariedade da mediação, ou seja, os envolvidos não são obrigados a participarem do procedimento e podem desistir a qualquer momento, eles são livres

para optarem por continuar ou não com as sessões de mediação (art. 2º, §2º da Lei 12.140/2015).

As partes, ao optarem pelo método da mediação, não estão infringindo nenhuma norma jurídica, estão apenas desempenhando, de forma autônoma e livre, um direito, sem a necessidade de ter que se submeter à “proteção” do Estado.

No Brasil, a mediação somente foi legalizada em 26 de junho de 2015, Lei nº. 13.140. A referida legislação traz, em seu art. 2º, os princípios orientadores da mediação, dentre os quais está o princípio da autonomia da vontade das partes, inciso V art. 2º - “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: V - autonomia da vontade das partes” (BRASIL, 2015).

Como estudado no tópico anterior, o princípio da autonomia da vontade diferencia-se do princípio da autonomia privada. Observa-se que na lei 13.140/2015, o legislador normatizou como princípio norteador da mediação a autonomia da vontade.

Dessa forma, após o estudo dos princípios, necessário se faz interpretar o disposto no inciso V, art. 2º da Lei, como sendo autonomia privada, pois,

[...] atualmente, sob os moldes do Estado Democrático de Direito, a atuação do Estado sobre as esferas de liberdade dos cidadãos não se deve dar de forma paternalista (Estado Social) nem extremamente liberalista (Estado Liberal) [...]. Assim, a autonomia privada inserida na concepção do Estado Democrático de Direito é um poder conferido aos particulares a fim de determinarem com certa liberdade seus negócios jurídicos, em conformidade com o ordenamento jurídico (MAYRINK; VIANNA, p. 16)

Portanto, o exercício do princípio da autonomia privada, por meio da mediação, proporciona às partes o direito de gerir seus conflitos sem a intervenção direta do Estado.

5 A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE

O poder judiciário lida com uma intensa sobrecarga devido à demanda crescente da sociedade. Como bem preleciona José Luiz Bolzan de Moraes (1999, p. 106), vivemos um momento de desacomodação interna em que há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à justiça, quantitativamente e qualitativamente. Isso resulta numa crise de sua atividade/prestação de serviço, deixando, assim, de ser efetiva (crise da efetividade), ou seja, não há, em sua grande maioria, a realização da justiça, tendo em vista a massificação das decisões, e ainda não há a celeridade processual.

Para Rafael Tadeu Santos de Souza, o processo efetivo é aquele que, respeitado o equilíbrio entre os valores da celeridade e segurança, oferece às partes o resultado desejado pelo direito material.

O critério adotado pela sociedade, devido a paradigmas culturais, está em resolver os conflitos somente mediante a busca pela ferramenta oferecida pelo Estado, qual seja: o poder judiciário. Esta posição adotada pela sociedade, de uma grande demanda pelo poder judiciário, gera o que se chama de “cultura da sentença”, que traz como consequência o aumento, cada vez maior, da quantidade de recursos. Isso explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também nos tribunais superiores e até mesmo do Superior Tribunal Federal. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é morosa e ineficaz.

A justiça nunca poderá recusar a tutela pela tensão existente, seja pelo princípio da igualdade, em que todos têm o direito igualitário ao acesso à justiça e perante a lei, sendo-lhes garantido o devido processo legal; seja pelo compromisso elementar assumido pelo judiciário para com a sociedade. Portanto, a busca pela tutela jurisdicional deriva, principalmente, da afirmação de direitos garantidos pela própria Constituição Federal. (CASANOVA, 2013)

Diante desse cenário de carência do sistema estatal, surge a necessidade de se ter um conjunto de ações e medidas do governo focadas em produzir melhorias para a sociedade de maneira com que agregue positivamente formas que tragam benefícios ao cotidiano da sociedade, visando o bem comum. Dessa forma, a implantação de Políticas Públicas voltadas para as formas alternativas de resoluções de conflitos, de forma a descarregar o judiciário, se torna essencial.

Segundo Michael Howlett (2013, p. 8):

[...] as Políticas Públicas são constituídas por três dimensões: os atores envolvidos, as instituições e as ideias. Desse modo, as Políticas Públicas são compreendidas como subsistemas político administrativo, ou seja, cada área ou setor de Políticas Públicas conta com um conjunto articulado de atores, instituições e ideias próprio, constituindo-se, dessa forma, como parte de um sistema político e econômico mais amplo.

Ainda, Thomas Dye (1972, p. 32) aduz que as Políticas Públicas são “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer”. Políticas Públicas, estas, que versem sobre as ferramentas extrajudiciais, alternativas para as soluções desses conflitos de modo a efetivar a

atuação da justiça, como a conciliação, a arbitragem e a mediação. Esta última como uma forma de humanização do direito e pacificação social.

A mediação pode ser considerada como um mecanismo eficaz na resolução de conflitos, pois garante efetividade, tendo em vista que é feita de forma personalizada, individual e não mais de forma massificada como pelas vias judiciais. Além disso, é uma ferramenta importante para a emancipação dos cidadãos, pois esse processo que leva à solução dos conflitos se dá de forma pacífica, em que nada é imposto às partes. Somente chega-se à solução pela sugestão, em que as partes são conduzidas a uma maior percepção do cenário, facilitando, assim, o encontro da solução do conflito, chegando a um ponto de equilíbrio.

Com isso, ao invés do cidadão outorgar a decisão de seu conflito ao juiz, o que na maioria das vezes acontece devido à cultura de acionar o Estado, como já mencionado anteriormente, levando-se à crise do judiciário e à massificação da decisão, deve-se evoluir com as mudanças sociais e mudar os paradigmas, implantando Políticas Públicas que visem atender às necessidades da sociedade e garantir a celeridade, acesso à justiça e economia nas experiências jurídicas dos cidadãos, possibilitando a estes uma conscientização de pacificidade.

6 CONCLUSÃO

Com as transformações ocorridas ao longo do tempo e a dificuldade do Poder Judiciário em conseguir equalizar a quantidade de processos com a qualidade das decisões, começaram a surgir métodos alternativos de solução dos conflitos.

Dessa forma, a presente pesquisa buscou analisar os métodos hetero e autocompositivos de resolução extrajudiciais de conflitos, em especial, a mediação.

A mediação destaca-se pelo seu caráter humanizado, uma vez que individualiza cada caso, adequa o acordo à realidade das partes, e, principalmente, porque os envolvidos no conflito constroem a melhor solução para o litígio. Assim, este método proporciona às partes liberdade e autonomia para gerir suas vidas.

Em seguida, foi analisado o princípio da autonomia privada e sua distinção com relação ao princípio da autonomia da vontade, bem como sua aplicabilidade nas relações existenciais. Posto isso, foi necessário analisar a relação entre o princípio da autonomia privada e a mediação.

Ao final, conclui-se que o instituto da mediação pode ser considerado como uma ferramenta eficaz para a aplicação do princípio da autonomia da vontade e, conseqüentemente,

como um meio de emancipação dos indivíduos, tendo em vista que permite um acesso mais humanizado à justiça e empodera os envolvidos no gerenciamento de seus conflitos sem que haja a intervenção do Estado.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La Mediación y el Acceso a Justicia**. 1. ed. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Berenice Neide de Brandão. **Tocando nas Estrelas**. Belo Horizonte: PHD Gráfica e Editora, 2004.

ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. 1. ed. **Acerca de la Clínica de Mediación Relato de Casos**. Buenos Aires: Librería Histórica, 2004.

BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas**. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

BONDER, Nilton. **Tirando os Sapatos**. Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BUSH, Robert A. Baruch; FOGER, Joseph P. **La Promessa de Mediación**. Buenos Aires: Granica, 2008.

CASANOVA, Vanessa Holvorcem. Políticas públicas frente às soluções extrajudiciais de conflitos: Conciliação, mediação e arbitragem. In: **Conima**. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/3322>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CASO, Giovane; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

CORNELI, Ívia. **Uma Lembrança que Renasce**. Belo Horizonte: Editora Santa Edwiges, 1999.

CRUZ, Carla; HOFFMANN, Caroline; RIBEIRO, Uirá. **TCC Trabalho de Conclusão de Curso**. Belo Horizonte: Editora New Hampton Press Ltda., 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. **Herramientas para Trabajar en Mediación**. Buenos Aires: Paidós, 2010.

DYE, Thomas R. **Understanding** – Public Policy. Fifteenth Edition, 1972.

EHRlich, Carl S. **Conhecendo o Judaísmo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

EMMANUEL; XAVIER, Francisco Cândido. **Palavras de Emmanuel**. 8. ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2002.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: Uma Distinção Necessária. In: **Direito Civil: Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais**. FIUZA, César et al (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Jean Carlos. **Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012a.

FERNANDES, Jean Carlos. O conteúdo dos Princípios na Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito e a Outorga Conjugal no Aval. FERNANDES, Jean Carlos (Coord.). **Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: RTM, 2012b, v. 2.

FERNANDES, Jean Carlos. **Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: RTM, 2012, v. 2.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005.

FIUZA, César. et al. **Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOWLETT, Michael. **Política Pública**. Seus Ciclos e Subsistemas. Uma abordagem Integradora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. O Exercício da Autonomia Privada na Dissolução da Sociedade Conjugal. In: **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. FIUZA, César et al (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LAX, David A; SEBENIUS, James K. **Negociación Tridimensional**. Bogotá: Editorial Norma, 2007.

LEAL, Jorge Pesqueira; AUB, Amalia Ortiz. **Mediación Asociativa y Cambio Social**. 2. ed. Hermosillo, Sonora: Imagem Digital del Noroeste S.A., 2012.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Flexibilização das Normas Trabalhistas e os Novos Desafios do Sindicalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2005.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. Conciliação, Mediação e Arbitragem: mecanismos alternativos de solução de controvérsias. In: **Humanização do direito**: novas perspectivas. LIMA, Fernanda (Coord.). Belo Horizonte: Letra legal, 2006.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. O Instituto da Mediação. In: **Manual de Mediação**: teoria e prática. LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite. (Org.). Belo Horizonte: Editora New Hampton Press Ltda., 2007.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Mediação**: teoria e prática. Belo Horizonte: Editora New Hampton Press Ltda, 2011.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Mediação Construtivista**. 2015. Tese (Doutorado). Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2015.

MAYRINK, Viviane Tompe Souza; VIANNA, Luciana Leão Pereira. **Mediação de Conflitos**: Instrumento de Emancipação dos Sujeitos. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60243f9b1ac2dba1>. Acesso em: 13 jun. 2016

MOORE, Chistopher. **El Proceso de Mediación**. Buenos Aires: Granica, 2008.

MORAIS, Jose Luiz Bonzan; SPLENGER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RODRIGUES, Renata de Lima; RÜGER, André. Autonomia como Princípio Jurídico Estrutural. In: **Direito Civil**: Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. FIUZA, César et al. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando Nós e Criando Laços**: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHNITMAN, Dora Fried; SCHNITMAN, Jorge. **Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Granica, 2000.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Nuevos Paradigmas en la Resolución de Conflictos**. 1. ed. Buenos Aires: Granica, 2008.

SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en Conflictos Familiares**. Madrid: Editorial Reus S.A., 2006.