XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini 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

F724
Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, José Sebastião de Oliveira, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-191-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Formas consensuais. 3. Solução de Conflitos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos apresentados no Grupo de Trabalho intitulado "Formas Consensuais de Solução de Conflitos", durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 06 e 09 de julho de 2016 , em Brasília/DF. A complexidade dos assuntos tratados demostra o amadurecimento dos estudos do tema deste GT, talvez sedimentada pela aprovação de Leis emblemáticas para a área em 2015, e não apenas uma área embrionária, como era tratada há algum tempo.

Nesta obra, poderão ser encontrados os vinte e seis artigos apresentados no mencionado GT, selecionados após rigorosa análise pelo sistema double blind review, tais como:

Clarindo Ferreira Araújo Filho e Afonso Soares De Oliveira Sobrinho tratam do novo viés prático do Novo CPC na forma de encarar os litígios, por meio do estímulo à composição na fase pré-processual e processual: modificam-se as situações e relações processuais que passam a ser pautadas na cooperação e no negócio processual.

A análise da relação existente entre a intervenção estatal na esfera privada e as serventias extrajudiciais é tratado no artigo de Wendell De Araújo Lima e Almerio Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa.

Os métodos adequados de solução de conflitos são trabalhados como uma nova forma de gestão dos conflitos empresariais, por Flavia Antonella Godinho Pereira.

Oscar Silvestre Filho e Christian Robert dos Rios examinam a autonomia da vontade em perspectiva com a liberdade contratual e os meios alternativas de solução de conflitos e sua conexão condicional com a formatação constitucional do direito à educação e desenvolvimento econômico sustentável.

Raquel Nery Cardozo e Jose Carlos Cardozo demonstram em seu artigo a importância da utilização dos meios alternativos de resolução dos conflitos relacionados à saúde que envolvam a administração pública em virtude do conflito entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, e da "Crise Estrutural do Poder Judiciário" orientada pela judicialização excessiva dos conflitos.

A análise da participação dos maiores litigantes do país como um dos fatores de congestionamento do Poder Judiciário é realizada por Mônica Bonetti Couto e Simone Pereira de Oliveira, que indicam que os meios não convencionais de solução de controvérsia poderão ser empregados como instrumentos auxiliares de redução da morosidade judicial, possibilitando a resolução dos litígios sem a provocação da máquina estatal.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Carla Maria Franco Lameira Vitale analisam a teoria do equilíbrio de Nash e sua aplicação na mediação de conflitos, evidenciando a conduta cooperativa assegura a maximização de ganhos mútuos como a melhor estratégia em situações que envolvem relações continuadas.

Fernando Augusto Sormani Barbugiani e Luiz Fernando Bellinetti tratam sobre as recomendações administrativas do Ministério público em políticas públicas e sua interferência econômica e o questionamento desta interferência pela não eleição dos promotores públicos.

Camilla Martins Mendes Pereira e Gabriel Faustino Santos analisam a atuação do Conselho Nacional de Justiça na promoção de uma cultura de pacificação social.

A análise da conciliação juntamente com os precedentes e a possibilidade de utilizá-los na prática nos centros judiciários de soluções de conflitos e cidadania, são tratados por Sarah Carolina Galdino da Silva e Ricardo Vilariço Ferreira Pinto no artigo “Consenso e os precedentes nas demandas repetitivas: novos desafios”.

Susanna Schwantes trata da possibilidade da utilização do controle do termo de entendimento da mediação com base no estabelecido no antigo Código de Processo Civil e novo Código de Processo Civil, já vigente.

José Albenes Bezerra Júnior aborda sobre a cultura judiciarista como um fator responsável pela ineficiência na solução dos conflitos, analisando a Resolução 125 do CNJ e o novo código processual civil, e expondo as experiências do projeto "Das sementes aos frutos", desenvolvido pelo curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Klever Paulo Leal Filpo expõem a experiência empírica sobre a atuação dos advogados na mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires, tratando sobre a advocacia colaborativa e de combate.

Viviane Rufino Pontes trata sobre a posição do advogado enquanto ente transformador da cultura jurídica.

Lívia Carvalho da Silva Faneco e Larissa Barbosa Nicolosi Soares problematizam o instituto da Mediação e sua aplicação para a composição de conflitos relacionados ao âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e de impacto social como o caso Mariana.

Ana Paula Faria Felipe faz uma análise da utilização da Mediação, na resolução dos conflitos penais familiares que envolvem a Lei Maria da Penha, como fator de legitimação de uma justiça criminal humanizada.

Leandro André Francisco Lima e Francisco Benedito Fernandes indagam-se quanto às possibilidades de utilização pela jurisdição das ferramentas virtuais de resolução alternativa de controvérsias (ODR's), proporcionadas pelas tecnologias da informação.

Leandro de Marzo Barreto e Carolina de Moraes Pontes trabalham o conceito de entrelaçamento participativo e a teoria discursiva em Habermas utilizadas como positivação da solução eficiente dos conflitos por meio da conciliação e mediação.

Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Clarissa Pereira Carello utilizam como parâmetro o direito chinês como modelo para o emprego de soluções autocompostivas de conflitos no direito brasileiro.

Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi abordam a desjudicialização da usucapião e o seu tratamento pelo novo Código de Processo Civil, concluindo que o sistema estabelecido pela nova legislação dificilmente alcançará a eficácia que pretende.

Joao Augusto Dos Anjos Bandeira De Mello e Rafael Sousa Fonsêca estudam o instituto da autocomposição à luz do regramento jurídico brasileiro, notadamente, em face do novo Código de Processo Civil e, principalmente, acerca da viabilidade jurídica da utilização do instituto da autocomposição pela Administração Pública Brasileira, e dos eventuais ganhos, em termos de celeridade e eficácia com tal utilização.

Fernando Fortes Said Filho trata sobre o modelo de conjugação dos diversos métodos de apreciação de controvérsias (multiportas) proposto no Novo CPC, com ênfase nos meios consensuais.

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino e Mayco Murilo Pinheiro expõem sobre o modelo de estruturação e atuação dos Centros Judiciários de Solução dos Conflitos e Cidadania, como uma alternativa adotada pelo Conselho Nacional de Justiça objetivando a redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses.

Sérgio Henriques Zandona Freitas e Marina Araújo Campos estudam os meios alternativos de solução de conflitos, como medidas eficazes para alcançar a paz social e desafogar o Judiciário, pela atuação de notários e registradores.

Laira Carone Rachid Domith e Bethania Senra e Pádua propõem no seu artigo "Políticas públicas em resolução adequada de conflitos familiares", que, pelo menos em ações que abarquem interesses de menores, haja imposição de um mínimo de sessões de conciliação /mediação em atenção à função social da família, ao melhor interesse do menor e ao acesso à justiça. E José Sebastião de Oliveira e Humberto Luiz Carapunarla, por sua vez, apresentam uma análise acerca da importância dos institutos da conciliação e mediação nos litígios na área de família, como forma de pacificação social.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Encontro e desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra.

Boa leitura!

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (UNINOVE)

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Rubens Beçak (USP)

O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?

THE CHINESE LAW AND THE MEDIATION: HOW CAN BRAZIL GETS THERE?

Maria Cláudia Mércio Cachapuz [1]
Clarissa Pereira Carello [2]

Resumo

A China produz ensinamentos em termos de solução autocompositiva de conflitos que podem influenciar o ocidente, em especial no que diz respeito a mediação de controvérsias. Sob essa influência, em 2010, inicia-se um movimento no Brasil, através da edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que traz a mediação como política pública e como um instrumento possível para aplicação no Poder Judiciário. Desde então, uma lei especifica foi editada, assim como a mediação passou a constar no novo Código de Processo Civil. Por isso a indagação: Será que o Brasil está preparado para essa mudança de paradigma?

Palavras-chave: Direito comparado, Mediação, Métodos autocompositivos

Abstract/Resumen/Résumé

China produces knowledge from the point of view of auto-compositive conflict resolution that so far influences other countries. Under this influence , in 2010 , began a movement in Brazil, through the issuance of Resolution 125 of the National Council of Justice that brings mediation as a public policy and as a possible tool for application in the judiciary sistem. Since then, a specific law was enacted , as well as mediation was entered in the new Civil Procedure Code. However , the question remains: Is Brazil prepared for this paradigm shift ?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Comparative law, Mediation, Auto-compositive methods

[1] Doutora em Direito pela UFRGS. Professora da Graduação da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Magistrada com atuação no TJRS.

[2] Mestranda em Direito e Sociedade do Unilasalle. Professora de Direito da UniRitter. Advogada.

1. Introdução

O tema da mediação, embora há algum tempo trabalhado academicamente na doutrina jurídica brasileira, é bastante recente em relação a uma adoção jurisdicional – fato ocorrido apenas quando da edição do Código de Processo Civil de 2015. Por isso a suscitação de questionamentos diversos quanto à implementação no âmbito do processo de conhecimento judicial – a chamada hipótese de "mediação intrajurisdicional" (REGLA, 2015, p. 97) -, seja pela aparente dificuldade de construção de um discurso afinado à cultura do litígio jurisdicional, seja porque reconhecida certa insuficiência de formação dos operadores jurídicos para lidarem com esta forma de composição em situações de conflito.

De certa forma, a ideia de se trazer a mediação para dentro de um processo de conhecimento de demandas judiciais permite que se identifique não tanto a necessidade de gerir-se de forma satisfatória o número de processos que aguardam uma determinada resposta jurídica – o que, de fato, traduz-se como um efeito possível pela forma alternativa de composição de conflitos -, mas principalmente a alteração de enfoque quanto à perspectiva de enfrentamento excessivamente burocrático ou de "excessiva rigidez" (REGLA, 2015, p. 97) conferida à resolução de conflitos que chegam ao Poder Judiciário. A questão é que se partindo de pressupostos tão distintos em termos argumentativos, falar-se de uma associação entre mediação e processo judicial remete a certa dificuldade metodológica – e mesmo filosófica – de compreender-se a possibilidade de se desenvolver, paralelamente, linguagens distintas de busca de soluções pelo enfrentamento de conflitos com reflexos judiciais.

Daí a preocupação de se trabalhar, em perspectiva comparada, com culturas jurídicas igualmente distintas à brasileira, de forma a se buscar subsídios necessários – e, possivelmente, capazes de trabalhar com enfoques distintos sobre os métodos de (auto) composição de litígios – para a compreensão de procedimentos recentemente adotados e que passam a integrar o trabalho contemporâneo das cortes de julgamento. A relevância do estudo comparativista reside, justamente, na preocupação de melhor compreender-se a realidade nova, na perspectiva de alcançar-se a efetivação prática dos direitos em sociedade.

Tratando-se de discussão, portanto, quanto a um método de autocomposição de demandas, a opção, neste trabalho de pesquisa, centra-se na análise de métodos de resolução de conflitos junto a culturas bastante distintas que incorporam, em sua estrutura de constituição, técnicas de enfrentamento de conflitos por perspectivas não apenas jurídicas, mas compartilhadas pela própria tradição cultural de determinada sociedade. Assim, na opção de estudo pela cultura chinesa, em que a regulação por meio de leis afasta-se dos ensinamentos do filósofo Confúcio (séc. V A.C.). Para os chineses, cabe a cada individuo responsabilizar-se pela solução de seus conflitos através de uma concepção moral extrajurídica e não baseada apenas na legalidade. É a ética social que influencia o cotidiano, cabendo a cada um a resolução de seus conflitos. Algo, na essência, um pouco diverso do que ocorre no Brasil, em que mesmo as hipóteses de mediação operam pelo intermédio de uma terceira pessoa, a quem se confia autoridade para a condução de um processo de conhecimento amplo.

Há, contudo, perspectivas de mudança. Primeiramente, por meio da publicação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 29 de novembro de 2010. Posteriormente, pela publicação da Lei Federal nº 13.140/15[1], conhecida como "Marco legal da mediação", e, por fim, pela implementação do novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15), em que conferido destaque relevante para o tema da mediação. O objetivo do presente artigo, portanto, é, em perspectiva comparada, buscar nas raízes da cultura chinesa e no seu enfoque paralegal aspectos suficientes que possam influenciar o intérprete brasileiro na adequada e correta composição dos conflitos que apresentem reflexos também na seara jurídica.

2. O exemplo do Direito chinês

Inicialmente, para se compreender a ordem social associada às tradições chinesas, deve se conhecer os dados históricos daquele País, que viveu livre de influências estrangeiras – e, fundamentalmente, de uma colonização por tradições ocidentais – até o século XIX. Tal compreensão parte, independentemente de uma interpretação teleológica, de uma aproximação filosófica das tradições culturais da

[1] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 15 dez 2015.

sociedade chinesa, fundadas numa interação naturalística entre o céu, a terra e os homens. Em termos filosóficos, a busca por uma resposta naturalística – muito próxima à ideia de um direito natural conhecido da tradição ocidental clássica - permitiu a identificação de uma ordem cósmica, capaz de reger os fenômenos naturais e de distinguir, tais regras invariáveis, das regras estabelecidas pelos homens, livres por sua condição de seres autônomos e, nessa medida, responsáveis pela ordem ou pela desordem do mundo (DAVID, 1998).

Na tradição chinesa, a harmonia entre o homem e a natureza e entre os semelhantes é o que viabiliza a felicidade. Para que essa harmonia entre os homens aconteça, a ideia de conciliação e consenso é que deve prevalecer. O litígio, as decisões por maioria, ou mesmo ideias de autoridade e de coerção afastam a liberdade de entendimento que deve prevalecer nas relações. Persuasão e propostas validadas pelos sujeitos envolvidos no processo jurídico conduzem o Direito a uma denominada "função menor". O ideal é de que os indivíduos possam usufruir de uma plena autonomia na tomada de suas decisões, sem que necessitem submeter a terceiros o que lhe é confiado (DAVID, 1998).

Quando, de certa forma, afasta-se da sociedade o controle da legislação escrita, os costumes acabam por exercer um importante papel na disciplina da conduta correta a ser adotada pelos sujeitos. Conforme o destaque de Wolkmer,

> "Toda a cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam os modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear do controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social." (WOLKMER, 2012)

Por ter em suas origens os preceitos sobreditos, os ritos acolhidos pelos costumes demonstram as influências do confucionismo na China. No mesmo sentido, a família, a partir de um núcleo cultural de menor abrangência, traduz-se como a base

organizada para que o “chefe” do clã adote as medidas cabíveis para guiar as decisões de seus membros, evitando decisões arbitrárias. Numa espécie de aproximação complementar da Moral e do Direito, são os preceitos morais chineses que devem guiar, num primeiro momento, as decisões. Uma conduta de prevenção deve ser adotada antes de qualquer intuito de punição; a explicação deveria vir antes de uma ordem e, assim, sucessivamente. A sociedade organizada dessa forma permite que a sociedade chinesa viva, historicamente, sem a necessidade de desenvolver ritos jurídicos específicos, inclusive para o exercício de tarefas profissionais típicas de aplicadores do Direito. Daí porque consta no histórico de desenvolvimento da atividade profissional de advogados, denominados como “homens da lei”, o fato de costumarem ser consultados em encontros sigilosos, porque desenvolveriam uma atividade considerada menor ou tendente a regular relações entre aqueles com incapacidade de pleno exercício de uma autonomia. (DAVID, 1998). Ainda sob essa perspectiva, o Direito não é excluído da sociedade, mas considerado “bom para os bárbaros” (DAVID, 1998), valendo para aqueles que não têm preocupações com a moral e a sociedade. Trata-se ainda de uma disciplina de conduta aplicável aos estrangeiros que não componham a civilização chinesa e que, portanto, não compreendem os preceitos morais que influenciam as tomadas de decisões (DAVID, 1998).

Mesmo com o passar do tempo e a assunção de diferentes dinastias, o modo de solução de conflitos segue a influência do confucionismo, garantindo aos chineses outros meios de busca à justiça, influenciando-se basicamente pelos costumes. Sob o ponto de vista histórico-político, vale consignar que nem mesmo a China comunista deixou-se influenciar pelo princípio da legalidade, mesmo que identificadas situações severas de restrições a liberdades individuais. As bases da sociedade permaneceram sendo a educação cívica da população e o investimento na formação moral, mesmo que passível de crítica os objetivos políticos pretendidos com a formação de determinados regimes políticos em concreto. Se há uma aproximação hoje com a estruturação do sistema jurídico chinês a uma realidade mais ocidental, esta ocorre, essencialmente, por uma necessidade específica de manutenção de efetivas relações econômicas com os países de base ocidental.

Relativamente à mediação, é possível afirmar que esta tem, em grande medida, suas raízes no direito chinês. É por meio do estimulo ao diálogo entre os participantes de um processo de conhecimento pela mediação que a gestão dos conflitos é viabilizada.

Primeiramente, a figura do mediador corresponderia ao chefe da família, responsável por auxiliar os envolvidos no conflito para o alcance de um consenso. A oralidade e a intuição são elementos presentes nesse exercício de consenso que acabaram sendo transmitidos entre as gerações (FAGÚNDEZ, 2014).Vale dizer que, atualmente, no território chinês, existem mais de duzentas mil comissões populares de mediação, o que reflete a influência dos preceitos do passado ainda nos dias atuais, mesmo que evidenciada possível situação política e ideológica distinta. Essa ampla utilização do método autocompositivo permite que se compreenda que a prática do diálogo em todos os âmbitos - seja na esfera profissional, seja na esfera mais privada (pessoal, educacional ou familiar) -, encontra-se inserida no cotidiano como forma de prevenção e gestão de conflitos. Algo que, para a compreensão chinesa, não representam um problemas, e sim, algo que faz parte "da vida" (FAGÚNDEZ, 2014).

É possível ainda que se reconheça na forma de gestão de controvérsias no território chinês também influências taoistas, na medida em que fundada na compreensão de que a vida de relação é composta por situações de perdas e de ganhos, a partir da identificação de situações de opostos em sociedade. A moral e a lei (LI e FA, respectivamente) demonstram a polarização do pensamento. Segundo anota Fagundéz:

> "Para os taoistas, nada é absolutamente yin ou yang. De acordo com a filosofia taoista, tudo no universo é yin ou yang, sendo que um se transmuta em outro permanentemente. Yin está contido em yang e yang faz parte do yin, Um elemento não existe sem o outro. A ideia de complementaridade dos interesses em jogo está sempre presente" (FAGUNDÉZ, 2014)

Na atualidade, o investimento chinês na formação de profissionais da área da advocacia está muito mais permeado por questões de mercado internacional e pelos reflexos da globalização na economia daquele país que qualquer outra pretensão de desenvolvimento de uma estrutura autônoma de um sistema de solução de conflitos. E isto, de certa forma, pode ser extremamente perigoso. A ausência de uma estrutura jurídica suficiente à estimulação litigiosa de conflitos permite, numa outra medida, evitar-se o próprio acesso à realização de justiça pela reclamação possível a todo o cidadão – o que, por um lado, inibe o teste crítico quanto ao exercício de direitos gerais de liberdade e igualdade por todos em sociedade.

Aqui, contudo, o enfoque que se oferece é quanto à parcela positiva desta ausência de estrutura a partir de uma tradição cultural genuína da sociedade chinesa em termos de consenso, e não a situação político-ideológica capaz de ser extraída das dificuldades de acesso à justiça formal. Por isso o destaque que é oferecido ao que se encontra na doutrina especializada, como segue:

> "Com grande paciência, procura-se levar os cidadãos a reconhecerem os seus erros e a corrigirem-se, quer se trata de questões civis ou penais. Aquele que incorrer em erro não é conduzido até os juízes: as próprias pessoas de seu meio, discutindo com ele e manifestando a sua reprovação, reconduzem-no ao bom caminho. Os processos são raros; eles apenas intervêm contra os inimigos do povo, os incorrigíveis e os depravados. (...) O direito é o último remédio para os casos em que os outros modos de solução dos litígios tenham excepcionalmente falhado." (DAVID, 1998)

Por meio desse panorama histórico é possível compreender-se, em certa medida, as motivações da cultura chinesa para a conferência de uma força interpretativa bastante específica à cultura da mediação e, fundamentalmente, a partir de uma preocupação com a ideia de consenso e de autonomia resolutiva aos indivíduos. Para os chineses não é oportuno – e pouco aceito, em verdade – que um terceiro passe a interferir e condicionar a resolução de um conflito de forma externa. Resolver suas próprias questões faz parte do cotidiano chinês – uma tarefa necessária -, competindo a cada indivíduo demonstrar a capacidade e a habilidade suficientes para a harmonização das situações de conflito verificadas em sociedade.

3. O Direito brasileiro e as perspectivas da mediação

A Constituição Federal de 1988 procurou ampliar o acesso à justiça, especialmente pelas normas dispostas no art. 5º, inc. XXXV[2]. No mesmo sentido, houve significativas inovações legais para viabilizar o acesso ao Poder Judiciário a um maior

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

número de pessoas (SARLET, 2009). Nesse sentido, o intuito de edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9099/95), que permite o acesso dos indivíduos, por composição, à resolução de seus conflitos mesmo quando desamparados da assistência por advogados. Circunstância que abrange tanto a propositura de demandas, como o próprio comparecimento em audiência e realização de contestação e instrução do processo.

Tais garantias de acesso à justiça acabaram por abarrotar o Poder Judiciário de demandas repetitivas – e outras tantas singulares – que tramitam pelas dependências cartorárias sem uma efetiva solução por um período razoável de tempo. Nesse cenário, em 2010, surge a primeira regulamentação do instituto da mediação judicial no Brasil. Por meio da publicação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[3], em novembro daquele ano, passa-se a viabilizar a resolução de conflitos através de métodos autocompositivos, difundindo o papel da mediação e a forma como os Centros de Soluções de Conflitos deveriam ser instituídos dentro da estrutura do Poder Judiciário. Pouco a pouco, o movimento em prol da composição dos litígios ganha força e, como política pública que é desde sua concepção, espalha-se nos Estados da Federação. Em menos de cinco anos, duas leis são publicadas na sequência. A primeira delas é a Lei Federal nº 13.105/15, que dá nova redação ao Código de Processo Civil, encampando, no procedimento judicial, o rito da mediação; a segunda, conhecida como "Marco Legal da Mediação" - Lei Federal nº 13.140/15 – apresenta uma descrição detalhada do papel dos mediadores judiciais e extrajudiciais, estabelecendo ainda os princípios e os procedimentos aplicáveis ao método de autocomposição de conflitos.

A partir da edição da Resolução do CNJ, percebe-se a inserção da autocomposição na sociedade brasileira, marcando-se a possibilidade de resolução de conflitos inclusive de forma pré-processual. Essas medidas são viáveis através da capacitação de servidores do Poder Judiciário e de mediadores para que atuem como facilitadores do diálogo daqueles envolvidos no conflito encaminhado à seara jurídica (SQUADRI, 2015). Oportuno esclarecer que podem ser mediadores profissionais de múltiplas especialidades, e não apenas técnicos da área jurídica. Todavia, o mediador deverá ter técnica para negociação cooperativa e auxiliar na comunicação, com conhecimentos de linguística e semiótica. Impõe ainda ter conhecimento suficiente na

[3]BRASIL. CNJ. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. DP: 01 dez. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf. Acesso em: 15 dez. 2015.

área de Psicologia, para tratamento das questões mais sensíveis apresentadas na sessão de mediação, de forma a desenvolver capacitação suficiente para realizar a gestão de conflitos e observar os aspectos sociológicos (VEZZULLA, 1999).

No mesmo sentido, a mediação não terá caráter impositivo, pela disciplina no novo Código de Processo Civil, pois se assim fosse, estaria desvirtuado o propósito da autocomposição. Para que se atinja o objetivo dessa política publica, é necessário que ambas as partes – mediandos, na perspectiva do novo instituto – estejam de acordo com a realização da sessão, pois é uma forma voluntária para viabilizar a resolução dos conflitos (CAHALI, 2011). Oportuno referir que a mediação brasileira sofreu fortes influências do instituto argentino, que igualmente é inspirado no modelo de Harvard, onde o foco para a solução do conflito está na negociação advinda do estimulo do diálogo entre as partes (TARTUCE, 2015).

Durante a sessão de mediação, o método utilizado pelos intérpretes deverá estimular o diálogo entre os mediandos, pois estes devem ser os protagonistas naquele ato. A presença do advogado é facultativa, pois a ideia é que seja trabalhada a autonomia dos indivíduos que estão em litígio e não a melhor técnica ou argumentação jurídica. Por haver confidencialidade do que é falado pelos mediando ao longo da sessão, não há produção de provas ou juntada de documentos neste ato. A fala e a escuta alternadas, a voluntariedade e a consciência de que a cultura "ganha-perde" não seja a melhor alternativa, viabilizam o entendimento entre as partes, que poderão solucionar ou transformar seus conflitos interpessoais (VASCONCELOS, 2014).

O objetivo da mediação, portanto, é afastar das pessoas a pré-compreensão de que cabe apenas ao Estado interpretar e declarar o direito aplicado ao caso, pressupondo-se a possibilidade de cada um, de forma autônoma, alcance a solução ao conflito. Sob essa ótica, a mediação passa a ser vista como um a ferramenta processual relevante igualmente numa seara intersubjetiva.

> "Para falar de mediação é preciso introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. No momento que os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é o mesmo. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio se consideram normativamente os efeitos; deste modo, o conflito pode ficar cristalizado, retornando agravado em qualquer momento futuro. Os juristas quando intervém em um conflito, apelam ao

> imaginário jurídico, que eu denomino de sentido comum teórico do Direito. (WARAT, 2001)

Há, a partir de tal compreensão, a possibilidade de que também o conflito, em termos subjetivos, contribua para um crescimento individual, com reflexos mais permanentes à construção de vínculos sociais.

> Os juristas nunca pensam o conflito em termos de insatisfação emocional ou de sentimento. Falta no Direito uma teoria do conflito, que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produção, com o outro (...). O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como autoridade que permite administrar com o outro (diferente) para produzir a diferença. (WARAT, 2001)

Essa alteração na forma de compreensão do alcance do fenômeno jurídico, por meio da regulamentação da mediação no Brasil, demonstra a necessidade de se repensar às demandas levadas ao Poder Judiciário, que não consegue dar efetividade a todo o seu contingente processual.

> "Assinala-se que a crise que se abate sobre o arcabouço jurídico tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas. Adverte-se que as verdades metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes, não mais mediatizam as inquietações e as necessidades do presente estágio da modernidade liberal-burguês-capitalista. [...] abrindo espaço para se repensar padrões alternativos de referência e legitimação." (WOLKMER, 2015)

E isto, de certa forma, atenderia ao aspecto igualmente subjetivo a envolver a ideia de autonomia da vontade, permitindo ao indivíduo reconhecer no exercício de uma liberdade a dinâmica intersubjetiva que deve ser pressuposta. Evitaria, como destaca Francisco Amaral dos Santos Neto, que acabasse por se compreender a autonomia apenas por um determinada ótica de enfrentamento.

> “Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.” (SANTOS NETO, 2006)

O desafio, portanto, reside em buscar não se descaracterizar o procedimento de mediação no decorrer do tempo, principalmente pelo desconhecimento técnico que envolve o método proposto. Ainda mais em países, como o Brasil, em que tímida e lenta é a implementação do sistema em meio a uma cultura de litígio bastante acentuada.

4. A mediação normativa: O que o Brasil deve aprender com a experiência chinesa

Uma das questões que se traduzem como relevantes ao tratar-se do tema da mediação é saber se, com base em critérios de autonomia, será possível reconhecer-se efetiva implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Será possível incutir na mentalidade de litígio dos indivíduos de que existe, mesmo no âmbito judiciário, um espaço próprio ao ato de tomar decisões de forma suficiente para, com autonomia, resolver os próprios problemas? E, em que medida tal exercício efetivamente será produto de uma autocomposição por meio do método de composição pela mediação?

Sob o prisma do direito chinês, como antes referido, verifica-se que o ponto de base para o êxito nas composições obtidas pela mediação pode ser atribuído aos ensinamentos transmitidos entre gerações, reconhecendo-se um papel central a ética desenvolvida como pauta ao relacionamento intersubjetivo. Naquela cultura, ao contrário do estimulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ter que recorrer ao direito

positivo denota o "desmoronamento da ordem social e de uma falta de harmonia entre o Estado e a sociedade" (ARNAUD, 1999).

No Brasil, o destaque judicial é conferido aos personagens que atuam como intérpretes - do juiz aos advogados – e a quem se confere, em certa medida, o direito e o dever de se manifestarem em nome dos atingidos pela solução do conflito – aqueles denominados como partes. Como aponta Arnaud, na China, os conflitos que demandam mediação são personificados e contextualizados por relações sociais estabelecidas e expressas pelos próprios destinatários das soluções que se farão alcançadas em concreto. A ideia de um julgamento por terceiros é, de certa forma, afastada, sendo relevante ao indivíduo que desenvolva suficiente aptidão para, por si mesmo, solucionar as demandas postas e restabelecer relações de convívio (ARNAUD, 1999).

Daí a preocupação da sistematização dos números que envolvem o problema da litigiosidade no direito brasileiro, como expresso pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de forma a refletir a realidade de julgamentos no Brasil no ano de 2014[4].

Desempenho por instâncias - 2014				
	Casos novos	Julgados	Pendentes	Em tramitação
1º Grau - Conhecimento	17.040.148	15.406.636	29.815.011	46.855.159
1º Grau - Execução	6.649.499	6.134.957	35.936.314	42.585.813
1º Grau - total	23.689.647	21.541.593	65.751.325	89.440.972
2º Grau	3.539.636	3.763.166	3.037.255	6.576.891
Turmas Recursais	1.066.565	990.729	1.413.448	2.480.013
TRU	3.971	2.920	2.551	6.522

[4] CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao. Acesso em 13 dez. 2015

Desempenho por instâncias - 2014				
Tribunais Superiores (sem STF)	578.844	691.964	624.008	1.202.852
Total	28.878.663	26.990.372	70.828.587	99.707.250

Percebe-se que dos quase cem milhões de processos existentes a época do levantamento, quase oitenta por cento se concentra no primeiro grau de jurisdição, seja em fase de conhecimento ou em fase executiva. Justamente pelos números acima, percebe-se o perfil litigante da população brasileira e a advertência de que algo deve ser proposto para solucionar esses conflitos, sob pena de inviabilizar-se a análise dos processos judiciais considerando o número de magistrados e servidores por cidadão.

Por certo, não será a simples reforma da lei processual ou do sistema judiciário que irão auxiliar a uma diminuição desses números. Aliás, as reformas no Poder Judiciário não se traduzem como situações de novidade no histórico do país. Ainda em 1832 e em 1841 foram realizadas alterações em relação ao papel desempenhado pelo juiz como intérprete e, em 1871, suas atribuições foram ampliadas, mediante a adoção do rito sumaríssimo, com características para o oferecimento de um procedimento de julgamento mais simplificado e sem tantas formalidades (WOLKMER, 2015). O mesmo se verifica em relação à adoção de ritos simplificados em termos de composição, como pela adoção de solução dos litígios por meio do rito dos Juizados Especiais, ainda que fundada a solução compositiva pela interferência de terceiro no processo de resolução dos litígios.

A mediação surge no contexto processual como uma ferramenta de resgate de autonomia para os indivíduos envolvidos em uma demanda judicial, descabendo que seja confundida como mais uma possibilidade de descongestionamento do Poder Judiciário. A crítica, no entanto, que pode ser efetuada refere-se ao fato de que, no Brasil, foi necessária a edição de uma lei para que restasse viabilizado o diálogo entre os indivíduos. Ou seja, acaba por se reconhecer que, para que haja consciência quanto à possibilidade de resolução de um determinado conflito e em face da demora à resolução de litígios pela via judiciária, torne-se necessário o prévio ingresso judicial com uma

demanda, levando-se para o rito processual uma forma de composição que trabalhe com a própria autonomia dos indivíduos para a resolução dos conflitos – e não apenas com um intuito de conciliação para o caso, mas com a pretensão de tornar efetivamente definitiva a situação de discussão que conduz a uma solução para o conflito.

Diante desse panorama, relevante é identificar-se, assim como em Hannah Arendt (1959), a necessidade de que haja contextualização dos problemas em sociedade, de forma que não haja mera intervenção do Estado no âmbito da esfera social, mas que esteja a própria sociedade preparada para acolher as mudanças de enfoque que se fazem necessárias para o convívio social de forma equilibrada.

> *"Em nenhuma circunstância exporia meu filho a condições que dariam a impressão de querer forçar a sua entrada nem grupo em que não é desejado. Psicologicamente, a situação de não ser desejado (uma situação embaraçosa tipicamente social) é mais difícil de suportar do que a franca perseguição (uma situação política embaraçosa) porque o orgulho pessoal está envolvido. (...) Além do mais, se fosse negra, sentiria que a própria tentativa de começar a dessegregação na educação e nas escolas não tinha apenas deslocado, e muito injustamente, a carga de responsabilidade dos ombros dos adultos para os das crianças. Estaria também convencida de que há em todo o empreendimento uma implicação de tentar evitar a questão real."* (ARENDT, 1959)

Trazendo a questão para o procedimento de mediação, o que se poderia indagar é quanto à efetiva necessidade de acolher-se a mediação dentro do rito processual judiciário, como se o ato o banalizasse de certa forma pela própria concepção de litigiosidade inerente à lide que é proposta. Será que o autor, que declara em sua petição inicial ter efetivo interesse na realização de um processo de mediação e oferece, desde logo, os pressupostos para um discurso litigioso, não acaba por justamente acirrar os ânimos de disputa numa lide? Se esta for uma hipótese viável, de fato, pode se estar, pela nova legislação, afastando-se das características que importam em termos compositivos, justamente porque não desafiada a situação de autonomia que pretende se estimular por meio da mediação.

O desafio, sem dúvida, será, para futuro, conseguir implementar a mediação a partir de técnicas cognitivas suficientes à condução de negociações entre os indivíduos,

permitindo que tenham estes o papel central na tomada de decisão. E isto sem que se despreze o papel igualmente relevante dos demais intérpretes jurídicos, no que contribuirá o papel desenvolvido pelo próprio mediador. Algo que demandará tempo de trabalho, educação distinta em termos de formação de demandas e disposição ampla, de todos os participantes, a uma abertura ao diálogo e à compreensão de que podem ser adotados ritos diversos à composição dos litígios. Uma alteração de mentalidade que se faz necessária de forma a reconhecer-se uma efetiva "arte da mediação" (REGLA, 2015).

5. Considerações finais

O presente artigo buscou demonstrar que o instituto da mediação surge no cenário brasileiro como uma alternativa, judicial ou extrajudicial para viabilizar a aplicação do método autocompositivo nas questões postas em litígio. Todavia, não deve ser compreendido o instituto como algo que resgatará o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, como se os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC) fossem uma extensão dos gabinetes dos juízes, visando desafogar o excesso de trabalho que lhes assola. A Resolução nº 125 do CNJ surgiu como política pública, o que denota a intenção de difundir a sistemática da medicação, o papel desenvolvido pelos mediadores, e devolver a autonomia de escolha a população. No mesmo ponto, o direito chinês foi colacionado como fonte de inspiração e contraponto, posto que no país oriental não é necessário que uma lei venham estimular o diálogo entre as partes. Desde seus remotos registros, os chineses utilizavam a palavra, o diálogo e a exposição de suas ideias, para que fosse atingido o melhor aos envolvidos.

A crítica que se pode fazer, mesmo que de forma prematura haja vista a recente aplicação do novo Código de Processo Civil com enfoque na mediação, é que descabe que se reconheça uma desvirtuação dos fundamentos e aplicação da mediação. O receio que se tem é, justamente, quanto à falta de maturidade e de reflexão dos indivíduos para lidar com a possibilidade de resolução dos próprios conflitos, de forma que a ausência cultural de habilidades para a composição de soluções aos problemas individuais não acabe por prejudicar a efetividade do procedimento de mediação.

De outra parte, vê-se também a dificuldade de que, por meio da normatividade, possa se impor uma mudança da cultura do litígio a toda uma sociedade. O desafio, configura-se, neste começo de implementação do novo CPC e da regulação específica do instituto da mediação, em conseguir-se implementar a mediação a partir de técnicas cognitivas suficientes à condução de negociações entre os indivíduos, de forma que tenham estes o papel central na tomada de decisões concretas. Uma circunstancia que deve envolver não apenas os que se encontrem em conflito, mas todos os demais intérpretes jurídicos que participem do processo de composição de interesses, no que contribuirá o papel desenvolvido pelo próprio mediador. Por certo, uma realidade que requererá não apenas tempo de trabalho individualizado, para cada caso, mas igualmente o desenvolvimento de educação distinta em termos de formação de relações de conflito, a fim de que todos os participantes possam estar abertos ao diálogo e à compreensão de que podem ser adotados ritos diversos à composição dos litígios.

6. Referências bibliográficas

AMARAL DOS SANTOS NETO, Francisco . **Autonomia Privada**. Revista CJF. N. 5, artigo 5. Disponível em: ww.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm, acesso em 21 nov. 2015

ARENDT, Hannah. **Reflections on little rock.** Disponível em: http://learningspaces.org/forgotten/little_rock1.pdf .Acesso em 12 dez. 2015.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF**:** Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. DP: 01 dez. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf. Acesso em: 15 dez. 2015

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao. Acesso em 13 dez. 2015

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**; tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila.Reflexões sobre a história do direito chinês. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). Fundamentos da História do Direito. 8 Ed.Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

REGLA, Josep Aguiló. **El arte de La mediación.** Madrid, Trotta, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009.

SQUADRI, Ana Carolina. MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; e ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. (Coord). In: **Arbitragem e Mediação Temas Controvertidos**. Disponível em: http://webapp3.pucrs.br/bcwebapps/Redirect?app=MBB&ISBN=978-85-309-5911-1.Acesso em: 14 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 2. Ed. São Paulo: Método, 2015

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Resolução Adequada de Disputas (RAD): introdução e capacitação. In: Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos**. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos**. São Paulo: LTR. 1999.

WARAT, Luís Alberto. **A mediação e a teoria do conflito**. Scientia iuris. Londrina, v.5. 2001.

_____. Luís Alberto. **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v.3.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O direito nas sociedades primitivas. In: Fundamentos da História do Direito**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

_____. **História do Direito no Brasil**. 9º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Pluralismo jurídico:fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.