UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

JÉSSICA GONÇALVES

CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL

FLORIANÓPOLIS
2019

Jéssica Gonçalves

CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL

Tese submetida ao do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos.

Florianópolis

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gonçalves, Jéssica
CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL / Jéssica Gonçalves; orientador, Ricardo Soares Stersi dos Santos, 2019.
330 p.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.
Inclui referências.
1. Direito. 2. Cultura da sentença. Cultura do consenso. Processo judicial. Mediação de conflitos. I. Soares Stersi dos Santos, Ricardo. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Jéssica Gonçalves

CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutora em Direito e aprovado em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 05 de novembro de 2019.

JOSE ISAC PILATI
Assinado de forma digital por JOSE ISAC PILATI
Dados: 2020.01.06 12:34:35 -03'00'

_____

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Coordenador do Curso

Banca examinadora:

Documento assinado digitalmente
Ricardo Soares Stersi dos Santos
Data: 20/11/2019 09:28:38-0300
CPF: 102.637.088-45

_____

Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

_____

Alexandre Morais da Rosa, Dr.

_____

Iôni Heiderscheidt Nunes, Dra.

_____

Adriana Silva Maillart, Dra.

_____

Pedro Manoel de Abreu, Dr.

AGRADECIMENTOS

Foi uma gestação diferente da experiência vivida no mestrado. Naquele tempo, há dois anos, eu nutria um forte sentimento de bem-querer ao meu primeiro filho. Entretanto, este segundo filho, logo emendado ao primeiro, veio carregado de depressão pré-parto; não se encaixava mais nos meus planos de vida, mas, ao mesmo tempo, eu não queria abortá-lo. Precisei conviver. Queria o seu fim, porque ele representaria um novo começo. Finalmente, ele nasceu, inacabado, imperfeito, finito e pronto para ser examinado e a ele dei o nome de Tese. Na certeza de que o nascimento da Tese só foi possível em razão do protagonismo das seguintes pessoas do meu convívio, eu agradeço:

Ao Dr. Ricardo Soares Stersi que, mais que um orientador, coincidentemente ou não, foi o mediador entre as minhas crises de ansiedade e os meus períodos de lucidez. Dotado de habilidades e competências sociais, como a escuta ativa e a empatia, soube muito bem me ouvir e se colocar no meu lugar, contribuindo para minha trajetória acadêmica, essencialmente;

À Rosilú Cachoeira Gonçalves, minha mãe, por suportar, pacientemente, a invasão dos livros em cada canto da casa, com muita oração e fé, diga-se;

Ao Jorge Henrique Gonçalves, meu pai, por me lembrar de que o dia inicia às oito horas e que toda meta deve ser cumprida com um bom café da manhã, é claro;

Ao Marlom Formigheri, meu namorado; a calmaria nos meus dias mais tormentosos, por ser capaz de gestar comigo estas páginas, literalmente, e por ficar do meu lado, mesmo com os longos momentos de solidão;

À Juliana Ribeiro Goulart, a amiga que o mestrado me deu, por relevar todas as minhas ausências, mesmo quando presente, e por permitir a construção dos melhores diálogos e risadas, os quais resultaram em diversos cursos, artigos e em um livro, cujos conteúdos se encontram em diversas passagens desta tese, inclusive.

Aos professores e professoras: Alexandre Morais da Rosa, Dr., Iôni Heiderscheidt Nunes, Dra., Adriana Silva Maillart, Dra., Pedro Manoel de Abreu, Dr., pela participação e contribuições ao longo da defesa prévia.

A vocês, minha gratidão.

RESUMO

Com a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, da Lei n. 13.140/2015, que inseriu a mediação extrajudicial, e do vigente Código de Processo Civil, que abarcou a mediação judicial, o Sistema Legislativo brasileiro pretendeu modificar a cultura da sentença para uma cultura do consenso. A partir disso, levantou-se o seguinte problema de pesquisa: quais são os possíveis entraves teóricos existentes no atual condensado de leis brasileiras que pretendem modificar uma cultura jurídica de tratamento dos conflitos que se apresenta, até então, preponderantemente pela busca da sentença, para uma cultura cujo resultado advém do consenso entre os próprios envolvidos? Os processos de tratamento dos conflitos são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos, bem como as práticas institucionais influenciam a sociedade e a sua cultura. Nesse sentido, a variável explicativa desta tese procura investigar a profunda e a recíproca conexão entre como os meios de gestão dos litígios refletem a cultura e como, por sua vez, a herança cultural mantém o rol de mecanismos incorporado na vida social de determinada comunidade. Assim, na cultura jurídica brasileira, ainda é possível verificar-se entraves de natureza histórica (político-educacional) e simbólicos (técnico-legislativos) que impedem/dificultam a transformação cultural pretendida. O método de abordagem é dedutivo, o método de procedimento é monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é essencialmente bibliográfica, privilegiando-se os argumentos apresentados nos marcos legislativos. Por fim, chegam-se aos seguintes resultados: falta de programas de treinamentos em habilidades sociais para o ensino fundamental, médio e superior e proposta pedagógica na educação superior jurídica brasileira deficiente; uma mediação de conflitos "avocada" pelo Poder Judiciário, como etapa procedimental do processo civil e como unidade de acordo. Portanto, uma dificuldade na alteração da cultura jurídica brasileira em razão de ser uma cultura do consenso, a partir da mediação, ainda estimulada por símbolos próprios da cultura da sentença.

Palavras-chave: Cultura jurídica. Cultura da sentença. Cultura do consenso. Processo judicial. Mediação de conflitos.

ABSTRACT

The Brazilian Legislative System intended to change the culture of sentence to a culture of consensus with Resolution 125/2010 of the National Council of Justice, Law 13.140/2015, which inserted extrajudicial mediation, and the current Code of Civil Procedure. Consequently, this research aims to answer the problem of what are the possible theoretical obstacles existing in current Brazilian laws that intend to modify a legal culture of treatment of conflicts that was presented, until then, predominantly by the search for the sentence, to a culture whose result comes from the consensus among those involved? The processes of treatment of conflicts are, to a great extent, a reflection of the culture in which they are inserted, as well as the institutional practices that influence society and its culture. In this sense, the explanatory variable of this thesis aims at investigating the deep and reciprocal connection between how, in the one hand, the means of dispute management reflect culture, and how, on the other, the cultural heritage maintains the list of mechanisms incorporated in the social life of a given community. Thus, in the Brazilian legal culture, it is still possible to verify obstacles of historical (political-educational) and symbolic (technical-legislative) nature that prevent/difficult the intended cultural transformation. The method of approach is the deductive one, the method of procedure is monographic, and the research technique used is essentially bibliographic, highlighting the arguments presented in the legislative frameworks. Finally, the following results are achieved: lack of training programs in social skills for elementary, secondary and higher education, and a pedagogical proposal in the deficient Brazilian higher legal education; a mediation of conflicts "advocated" by the Judiciary, as a procedural stage of the civil process and as a unit of agreement. Therefore, there is a difficulty in changing the Brazilian legal culture due to the fact that it is a culture of consensus, based on mediation, which is still stimulated by symbols connected to the culture of sentencing.

Keywords: Legal culture. Culture of sentence. Culture of consensus. Judicial process. Conflict mediation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10

2 A DEFINIÇÃO DO TERMO CULTURA: NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE O VIÉS SOCIOLÓGICO E O RECORTE ANTROPOLÓGICO.....19

2.1 O PAPEL DO PROCESSO HISTÓRICO E DOS SÍMBOLOS COMO COMPONENTES ELEMENTARES NA FORMAÇÃO DE UMA CULTURA PELA VISÃO DA ANTROPOLOGIA CULTURAL OU SOCIAL 27

2.2 ADJETIVANDO O TERMO CULTURA COM A QUALIDADE DE JURÍDICA....34

2.3 OS ELEMENTOS CULTURAIS E A SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS: OS MEIOS DA AUTOTUTELA, DA AUTOCOMPOSIÇÃO E DA HETEROCOMPOSIÇÃO 37

2.4 A COMPOSIÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA ENTENDIDA COMO DE SENTENÇA: A HISTÓRIA DOS SEUS ELEMENTOS E A CARACTERIZAÇÃO DO SEU SÍMBOLO DOMINANTE.....45

2.4.1 A história dos elementos: jurisdição contenciosa, ação e o processo judicial cível 47

2.4.2 O poder dever de dizer o direito por meio da jurisdição contenciosa e seus escopos 48

2.4.3 O canal (vetor) de acesso ao Poder Judiciário pelo exercício do direito de ação.....55

2.4.4 O processo civil como instrumento da jurisdição e as suas normas fundamentais principiológicas.....61

2.4.5 A relação processual em contraditório, as regras do devido processo legal e a sentença como expressão da função estatal de solucionar o litígio 71

2.4.6 A busca pela segurança jurídica por meio da sentença e da coisa julgada.....74

2.4.7 A autoridade do Estado: a composição da lide pela imposição da sentença com *status* de imutável e indiscutível 77

2.5 CARACTERIZAÇÃO DO SÍMBOLO DOMINANTE DA SENTENÇA: A CRENÇA E A CONFIANÇA NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO, NA FIGURA DO MAGISTRADO, NO APEGO AO FORMALISMO TÉCNICO E NA VALORIZAÇÃO DO COMBATE.....79

2.5.1 Em busca dos direitos prometidos constitucionalmente: a valorização do Poder Judiciário pelos cidadãos 80

2.5.2 O culto à figura da autoridade representativa do juiz: quem eu sou e quem ele é?.....88

2.5.3 Prestação jurisdicional alicerçada na dogmática jurídica: o apego à estrutura silogística da sentença, o emprego da subsunção do fato à norma e o ato de julgar como um procedimento técnico e formal 94

2.5.4 A linguagem competitiva e a valorização do resultado ganha x perde.....99

3 A COMPOSIÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA ENTENDIDA COMO CONSENSUAL: A HISTÓRIA DOS SEUS ELEMENTOS E A CARACTERIZAÇÃO DOS SEUS SÍMBOLOS DOMINANTES 104

3.1 A HISTÓRIA DOS ELEMENTOS: RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS E A ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....106

3.1.1 Modelos de mediação: direcionados ao acordo – a mediação tradicional, linear ou facilitadora e direcionados ao tratamento da relação interpessoal – a mediação transformativa, a mediação circular-narrativa e a terapia do reencontro ou do amor mediado 114

3.1.2 O ponto comum das "mediações": a comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos e o processo construtivo da linguagem 120

3.1.3 O resgate do diálogo por meio da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) e da empatia (encontro com o outro).....132

3.1.4 A dinâmica do procedimento técnico da medição e a busca peloconsenso 148

3.1.5 As ferramentas (técnicas) aplicadas pelo facilitador na relação horizontal entre os participantes da mediação.....168

3.2 A CARACTERIZAÇÃO DOS SÍMBOLOS DOMINANTES NO CONSENSO: OS VALORES DO EMPODERAMENTO, DA ALTERIDADE E DA FRATERNIDADE, O CONHECIMENTO PLURIDISCIPLINAR COM AS HABILIDADES SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA COOPERAÇÃO COM O RESULTADO SATISFATÓRIO PARA AMBOS OS PARTICIPANTES 177

3.2.1 O empoderamento individual: o passo a passo para o controle da decisão 179

3.2.2 Os princípios não esquecidos: a alteridade e a fraternidade do ser humano a partir da relação social com o "outro" 181

3.2.3 Habilidades sociais transversais: o conhecimento pluridisciplinar 187

3.2.4 A valorização da cooperação (colaboração) com o resultado positivo para ambos os participantes 191

4 A CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E OS ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL 194

4.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS: O PROCESSO HISTÓRICO E SIMBÓLICO DE VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA 197

4.1.1 A história delimita a cultura: a formação dos cursos jurídicos no Brasil 199

4.1.2 O símbolo delimita a cultura: a jurisdição brasileira e o instrumento do processo civil para o tratamento dos conflitos 203

4.1.3 Consequências da manutenção de uma cultura da sentença: a crescente litigiosidade e a morosidade institucional 204

4.2 ABERTURA DOGMÁTICA E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA DA SENTENÇA EM CULTURA DO CONSENSO NO BRASIL 209

4.2.1 Resolução n. 125/2010 do CNJ: a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos 212

4.2.2 A Lei n. 13.105/2015: o vigente Código de Processo Civil 219

4.2.3 Lei n. 13.140/2015: a mediação de conflitos entre os particulares 228

4.2.4 Cada povo uma cultura e cada cultura um sistema de gestão dos conflitos: distinções culturais entre o processo judicial e a mediação de conflitos 233

4.3 ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL 239

4.3.1 A falta do antes: o entrave histórico da educação pública brasileira 242

4.3.1.1 Educação básica e os programas de treinamentos em habilidades sociais: análise das diretrizes para os ensinos fundamental e médio 246

4.3.1.2 Novos tempos, velhos desafios: exame da proposta pedagógica na educação superior jurídica brasileira 254

4.3.2 Entraves simbólicos: a inadequada técnica legislativa brasileira 271

4.3.2.1 A mediação de conflitos "avocada" pelo Poder Judiciário 274

4.3.2.2 A mediação de conflitos como etapa procedimental do processo civil 280

4.3.2.3 A mediação de conflitos como unidade de acordo 286

4.3.3 Transplante jurídico de institutos: a mediação à brasileira 290

4.3.4 Propostas: ações para a superação dos entraves históricos e simbólicos 294

5 CONCLUSÃO 300

REFERÊNCIAS 307

1 INTRODUÇÃO

Nenhuma cultura está livre da existência de conflitos entre seus pares. Disso resulta a necessidade de que toda sociedade, para sobreviver como grupo social, depende da escolha legítima de mecanismos (instrumentos) para tratar suas controvérsias. Nesse sentido, um povo precisa decidir como será o meio de gestão dos seus problemas: seja autorizando um terceiro a proferir decisões, seja mantendo a solução do litígio a encargo dos próprios envolvidos. Na primeira hipótese, o modelo é o da heterocomposição, e o julgador terá o *status* oficial de um terceiro que adjudica a decisão; já no segundo modelo, o da autocomposição, o monopólio da força legítima do Estado concede espaço para autonomia dos envolvidos que buscam, por meio da cooperação, o comprometimento de uma solução em comum.

De todo modo, quaisquer dos mencionados processos de tratamento dos conflitos aprovados por uma sociedade são sempre resultados das escolhas (conscientes e inconscientes) das crenças e dos símbolos dos seus integrantes e, em grande medida, refletem a cultura na qual estão inseridos. Por consequência, cada povo tem uma cultura e cada cultura abrange a história de um modelo de sistema jurídico para a gestão dos seus conflitos.

Partindo dessa premissa, até o ano de 2015, a história da cultura jurídica brasileira tinha como destaque (e como preferência pelos cidadãos e pelos profissionais do direito) o uso exclusivo do direito de ação, exercido contra o Estado – Poder Judiciário – e garantido pelo mecanismo do processo judicial para solucionar as controvérsias. Culturalmente, no sistema jurídico brasileiro de tratamento dos litígios, as demandas são preponderantemente resolvidas por meio do Poder Judiciário que apresenta, como primeira *ratio*, a forma da heterocomposição estatal e a presença de um terceiro imparcial – Juiz Hércules[1] – que, com poder adjudicatório, determinará quem sairá vencedor e vencido na causa.

Nesse contexto, o monopólio da função de dizer o direito pelo Estado brasileiro projetou, no "imaginário coletivo", a ideia de que as unidades de jurisdição, ação, processo judicial, procedimento e magistrado são as únicas ferramentas guardiãs da segurança jurídica na solução do litígio. Contudo, ao se "infantilizar"[2] a autonomia e a responsabilidade dos

---

[1] Parafraseando o imaginário Juiz Hércules de capacidade e paciência sobre-humanas presente na obra: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[2] Expressão cunhada por: WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

próprios envolvidos na solução das controvérsias por eles experimentadas, criou-se, na sociedade brasileira, um verdadeiro fetichismo crônico pela decisão adjudicada.

Por consequência, a manutenção da cultura jurídica da sentença no Brasil contemporâneo fez crescer, significativamente, a litigiosidade e a morosidade nos julgamentos. O Poder Judiciário sofre reveses no gerenciamento temporal e tempestivo das demandas, pois, segundo os dados apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 80 milhões de ações[3] fazem com que o órgão não consiga mais assegurar, de modo efetivo, célere e com duração razoável, o direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente às pessoas.

A partir do diagnóstico de ineficiência do Poder Judiciário na prestação jurisdicional, uma "onda" significativa de mudanças legislativas foi proposta com o fim de instalar uma nova ordem na cultura jurídica de tratamento dos conflitos. A nova tônica é empoderar os envolvidos e alcançar o resultado útil para o caso concreto por meio de acordos, pois a "[...] satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo Juiz".[4]

A "onda" ou o *standart* normativo responsável por tais alterações foi composta pela seguinte tríade:

i) Resolução n. 125/2010, do CNJ, que atribuiu ao Poder Judiciário a responsabilidade de executar políticas públicas de meios consensuais no tratamento dos litígios;
ii) Lei n. 13.140/2015, considerada o marco legal da mediação no Brasil;
iii) Lei n. 13.105/2015, que representa o vigente Código de Processo Civil (NCPC) e que estimulou a mediação judicial.

Todas as mencionadas normas são responsáveis por criar um movimento no qual se pretende mudar a perspectiva cultural de tratamento dos conflitos no Brasil: abandonar a "velha" cultura da sentença para implementar a "nova" cultura do consenso. E, a partir disso, é que se apresenta o objeto desta tese: investigar e descrever a existência de possíveis entraves

---

[3] Dados do Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base de 2017) **revelam que o** Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. CNJ. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018**.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

[4] BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Exposição de Motivos**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

teóricos que, enquanto não ultrapassados, impedem a transformação cultural pretendida pelo legislador brasileiro.

O tema se mostra importante, atual e relevante, justamente porque as alterações estão em evidência. Embora as estruturas legislativas mostrem-se encaminhadas para o progresso e demonstrem uma efervescência positiva quanto aos meios consensuais, importante questionar sobre os possíveis entraves teóricos que impediriam a transformação cultural elaborada pelo legislador como uma forma de contribuir efetivamente para a "metamorfose" jurídica.

Um dos pontos decisivos para escrever sobre o tema dos entraves foi a dificuldade experimentada pela própria acadêmica, que precisou fazer trabalho voluntário junto ao Juizado Especial Cível na Comarca de São José para poder participar do curso de formação em Mediação Judicial, ofertado pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e fechado apenas para seus servidores. Daí porque, então, a acadêmica passou a questionar: como crer que a cultura do consenso será transformada, se um dos instrumentos mais fortes de uma mudança cultural é a educação e essa está restrita a um determinado grupo? Como apenas uma norma imposta (sem qualquer discussão democrática acerca do tema) será capaz de mudar todo o rumo de história jurídica de tratamento dos conflitos voltado à jurisdição?

A intuição e a angústia de que a sociedade não está – enquanto projeto coletivo brasileiro – suficientemente preparada e engajada para conviver com um modelo consensual, na medida em que ainda valoriza espaços e símbolos culturais próprios da sentença, fez a acadêmica querer descrever a realidade tal como ela é. Vale ressaltar que, embora não seja o objetivo da acadêmica, frente aos diagnósticos apresentados, propor ações (medidas e estratégias) voltadas para melhoria ou que possam auxiliar na transformação cultural, no quarto capítulo, foram feitas, genericamente, algumas proposições.

Além disso, sabe-se que alterações culturais são lentas e custosas, de modo que a pretensão com a tese é "encurtar o caminho", isto é, diagnosticar os possíveis problemas para que não se passe ainda mais anos reproduzindo a cultura da sentença, pois os cientistas jurídicos não foram capazes de, no momento oportuno, entender e expor para toda a comunidade acadêmica e legislativa o que foi equivocadamente feito.

A motivação para escrever sobre tal tema também se justifica tendo em vista que a acadêmica e sua colega, Juliana Ribeiro Goulart, ministraram palestras e cursos extensivos sobre mediação. Inclusive, ressalte-se que, em diversas passagens ao longo desta tese, sobretudo o quarto capítulo, teve como embasamento bibliográfico a obra "Mediação de conflitos: teoria e prática produzida", escrita em coautoria com a Juliana. Tal fato explica algumas coincidências

entre a ordenação das ideias sobre a relação existente entre cultura da sentença e cultura do consenso, além das etapas e ferramentas da mediação.

Outro fator determinante para escrever sobre o tema adveio da necessidade de inserir uma perspectiva diferenciada na disciplina de Processo Civil I, a qual a acadêmica ministra no Curso de Direito na graduação da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), já que a universidade não oferece a disciplina de meios consensuais de tratamento dos conflitos para seus alunos.

Por último, o tema cultura da mediação de conflitos já vem sendo estudado pela acadêmica desde o programa de mestrado (2014-2016), a partir da teoria dos jogos, ou seja, a mediação enquanto um jogo cooperativo que pretende ser mais uma alternativa ao jurisdicionado para a gestão dos seus litígios. Comprovou-se, naquele trabalho, que a mediação abre uma perspectiva de cooperação e empoderamento entre os sujeitos, sendo capaz de conviver com o processo judicial, desde que adotada como um mecanismo autônomo de gestão dos conflitos. A proposta, agora, no doutorado, é diferente: verificar se os desafios assumidos pelo legislador brasileiro são possíveis de, efetivamente, transformar a cultura jurídica da sentença no Brasil contemporâneo.

Dessa forma, a questão da tese gira em torno, basicamente, do seguinte problema: quais são os entraves teóricos que impedem a transformação de uma cultura jurídica de tratamento dos conflitos no Brasil, a qual se mostra (apresenta), preponderantemente, como de sentença, para uma solução consensual?

Para isso, a pesquisa baseia-se em certos "pontos de partidas", considerados como hipóteses (respostas) preliminares e que caminham no sentido de que:

a) existem entraves de natureza histórica (político-educacional), na medida em que, desde a educação básica até o ensino superior (jurídico), não se desenvolvem nos alunos os valores e símbolos próprio da cultura do consenso, tais como: empoderamento, alteridade e habilidades sociais;
b) existem entraves simbólicos (técnico-legislativos) de inadequada técnica legislativa que enviam mensagens simbólicas para as pessoas e para os profissionais do direito, no sentido de que a mediação, enquanto um dos mecanismos representativos da cultura do consenso, só é legítima quando desenvolvida de modo institucionalizada, como etapa procedimental e como mero instrumento de contabilização de dados (número de acordos).

A fim de afastar ou acatar as hipóteses inicialmente levantadas, foram estabelecidos os objetivos da pesquisa em dois grupos: o objetivo geral e os objetivos específicos. É objetivo geral da tese diagnosticar e descrever os entraves teóricos que desfavorecem a transformação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos baseada na sentença para a cultura do consenso, fundamentada na mediação de conflitos. Considerando o objetivo geral, os objetivos específicos desenvolvidos foram:

a) definir quais são os elementos que compõem e caracterizam o que vem a ser a cultura jurídica da sentença, até porque o termo, cunhado pelo professor Dr. Kazuo Watanabe, embora seja amplamente utilizado no ambiente acadêmico para explicar a preferência do cidadão na busca pelo Poder Judiciário para tratar seus conflitos, é uma expressão que carece de definição terminológica mais precisa;
b) definir, a partir do conceito e dos princípios que fundamentam a mediação de conflitos, o que vem a ser a cultura do consenso e quais são as características marcantes que as diferenciam da cultura da sentença;
c) abordar evolutivamente o enquadramento da cultura jurídica brasileira como sendo uma cultura de tratamento dos conflitos que se apresenta, preponderantemente, como sendo de sentença;
d) demonstrar o caminho percorrido pelo legislador brasileiro para introduzir as mudanças consistentes nas ações do Conselho Nacional de Justiça, na Lei n. 13.140/2015 – Mediação – e na Lei n. 13.105/2015 – o vigente Código de Processo Civil;
e) apontar os entraves teóricos à transformação cultural da sentença em consenso, com destaque às medidas educacionais e legislativas que revelam a manutenção e a reprodução de uma cultura jurídica da sentença no Brasil contemporâneo.

A construção dos objetivos específicos envolve a seguinte metodologia: o método de abordagem é dedutivo, o método de procedimento é monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é essencialmente bibliográfica, privilegiando-se obras teóricas, documentos, relatórios e legislações pertinentes.

De igual modo, a tese está estruturada em cinco capítulos, nos seguintes termos:

O primeiro capítulo, que é a presente introdução, serve para estabelecer o tema, a delimitação, os objetivos (geral e específicos) e a metodologia empregada para desenvolver o trabalho.

O capítulo segundo, intitulado “A definição do termo cultura: notas diferenciadoras entre o viés sociológico e o recorte antropológico”, é dedicado à contextualização e à evolução dos respectivos conceitos operacionais “cultura”, “cultura jurídica” e “cultura jurídica da sentença”. Os mencionados conceitos operacionais são importantes, porque servem como atalho comum para explicar de que maneira, instituições tão diferentes, nascem em diversas sociedades para lidar com problemas que, essencialmente, são os mesmos.

Além disso, destaca-se como recorte metodológico os estudos da antropologia social, que fundamenta a ideia de que toda cultura não é um estado puro, mas, precisamente, é formada por dois elementos: a história e os símbolos. Desse modo, toda cultura é sempre um fato histórico: ela absorve os padrões de linguagem, crenças e costumes, em um processo diacrônico intergeracional que se elabora a todo instante por meio da construção, desconstrução e reconstrução. De igual forma, toda cultura é formada por um sistema de símbolos com estilos padronizados e que emitem mensagens para as pessoas.

Trazendo esses dois elementos da antropologia social para o direito, foi possível determinar a noção de que a cultura, quando adquire a qualidade de jurídica, também pressupõe a sua formação pela história e pelos seus símbolos, ou seja, para compreender a cultura jurídica de um país, torna-se indispensável examinar a situação histórica e simbólica que a produziu.

A história da cultura da sentença é marcada pelo meio de tratamento dos conflitos chamado de heterocomposição – um meio no qual um terceiro –, que é o Estado, resolve o litígio pela atividade (poder-dever) da jurisdição contenciosa e do instrumento do processo judicial, todos assegurados pelo acesso ao Poder Judiciário e pelo exercício do direito público, abstrato e fundamental da ação. Nesse âmbito, a relação processual, as regras do devido processo legal e a busca pela segurança jurídica por meio da sentença e da autoridade da coisa julgada, são expressões históricas pertencentes à cultura da sentença.

A cultura da sentença também está fundamentada em um sistema de símbolos dominantes que se relevam na valorização do Poder Judiciário enquanto “guardião” das promessas sonegadas ou não cumpridas pelos demais poderes; na crença da capacidade do representante e porta-voz do Estado, que é o juiz; no apego à técnica do silogismo (lógico dedutivo) com o emprego da subsunção do fato a norma e na valorização da competição (combate) com o resultado ganha x perde.

O terceiro capítulo, “A composição de uma cultura jurídica entendida como consensual: a história dos seus elementos e a caracterização dos seus símbolos dominantes”, foi estruturado como uma espécie de “antítese”, na qual foram apresentados o conceito e os elementos que definem a cultura do consenso. Diferentemente da cultura da sentença, que busca o Poder

Judiciário para a gestão dos litígios, a cultura do consenso pretende facilitar o diálogo entre as partes, para que elas, por meio de uma comunicação ativa, possam modificar as suas relações e, se for possível, também possam chegar ao acordo.

Nessa ótica, a cultura do consenso pode ser trabalhada a partir de diversas lentes, tais como os meios consensuais da: negociação, da conciliação, da mediação, entre outros, mas, para fins desta tese, delimitou-se o conceito a partir das características e dos princípios que fundamentam a mediação de conflitos. A justificativa da escolha pela mediação dos conflitos reside na continuação dos estudos feitos no mestrado, mas, sobretudo, porque a atualização da legislação brasileira colocou a mediação como o *locus* central da mudança cultural que se pretende criar.

Dessa forma, a cultura do consenso também espelha tanto a história quanto os símbolos dominantes. Em uma perspectiva histórica, destacam-se os meios consensuais dos movimentos *Alternative Dispute Resolution* (ADR) nos EUA, e o Tribunal Multiportas de solução de conflitos, proposto pelo autor Frank Sander. A evolução no tempo demonstra que, diferentemente do processo judicial, a mediação apresenta dinâmica formada pelo resgate do diálogo, pela escuta ativa e pela aplicação das ferramentas (técnicas) pelo facilitador em uma relação horizontal.

Os símbolos que permeiam a mediação também são distintos daqueles que sustentam o processo judicial, porque dizem respeito aos valores do empoderamento, da alteridade, do exercício das habilidades sociais e da cooperação entre os participantes.

O quarto capítulo, definido como "A cultura jurídica de tratamento dos conflitos no Brasil contemporâneo e os entraves à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual", serviu para enquadrar a cultura jurídica brasileira, em razão do processo histórico e simbólico pelo qual o país passou, em uma cultura da sentença.

No Brasil, a busca por uma solução do litígio assume natureza preponderantemente contenciosa, sobretudo em razão da formação dos cursos jurídicos que construíram o modelo de profissionais voltados à burocracia, para operacionalizar a ideologia das elites e afastados de um arranjo humanista que privilegiasse a interdisciplinaridade.

O símbolo também ficou por conta da jurisdição brasileira e do instrumento do processo civil para o tratamento dos conflitos, confirmado pelos dados apresentados pelo CNJ, que apontam que, somente no ano de 2018, havia 80 milhões de processos em andamento[5],

[5] Dados do Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base de 2017) **revelam que o** Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5

comprovando a ideia da busca pela sentença, e não na satisfação por meios métodos consensuais. Fato é que a manutenção da cultura da sentença no Brasil trouxe como consequências uma crescente litigiosidade e morosidade institucional, fazendo com que mudanças legislativas fossem propostas.

Daí porque foi lançada a tríade legislativa composta pela Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justila, a Lei n. 13.105/2015 e a Lei n. 13.140/2015. Todas essas normas são responsáveis por um movimento legislativo que pretende uma mudança na perspectiva cultural de tratamento nos conflitos no Brasil.

Todavia, o capítulo ainda apresenta os possíveis entraves à transformação cultural consistentes na educação brasileira e na inadequada técnica legislativa.

Como primeiro entrave, aborda-se a educação pública brasileira porque, em todos os níveis (básica e superior), ela representa uma prática conservadora dos aprendizes do poder. O sistema educacional brasileiro, desde a matriz básica até o modelo científico superior, é reflexo de uma tradição conservadora, que não emancipa o cidadão, tampouco estimula a formação humana do sujeito que valorize a sensibilidade e a alteridade.

Na educação básica, por exemplo, a Lei de Diretrizes Básicas, como norma federal, não assegura o emprego de programas em treinamentos de habilidades sociais, os quais são indispensáveis para se trabalhar no novo modelo cultural do consenso. Já na educação superior, o projeto pedagógico "bancário" foi substituído pela Resolução CNE/CES n. 5/2018, a qual inseriu disciplinas de meios consensuais, embora deixou de prescrever atividades complementares ao estudo teórico e prático dos símbolos do consenso.

No tocante aos entraves simbólicos, o caminho percorrido pela tese foi estruturar a inadequada técnica legislativa, a começar pelo fato da mediação de conflitos ter sido "avocada" pelo Poder Judiciário, para servir como apoio à "ineficiência estrutural do mencionado". A medicação como etapa procedimental do processo civil também se mostra como um entrave, pois é incorporada como mais uma etapa, mais um trâmite legal, o que causa estranhamento – afinal, a lógica que institui a modalidade de mediação (cooperação), considerada *in natura*, é totalmente diferente daquela que fundamenta o processo civil (competição). Por último, destaca-se a mediação como unidade de acordo, também servindo de entrave legislativo tendo

---

milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. CNJ. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018**.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

em vista que a mediação brasileira permanece centrada no símbolo da sentença (acordo), cuja referência ainda depende do juiz. Isso porque o acordo feito durante a sessão de mediação judicial, por exemplo, depende de homologação por sentença do magistrado, o que expõe, mais uma vez, que o Estado detém o poder legal e, em última instância, o monopólio legítimo da decisão.

No último e quinto capítulo, constituído pela conclusão, as hipóteses levantadas foram confirmadas no sentido de que o legislador brasileiro transplantou juridicamente o termo (fechado) de mediação, sem incluir os valores e os símbolos da cultura do consenso, razão pela qual o que se tem é uma mediação à brasileira. Por tudo isso, a mensagem que o legislador transmite simbolicamente para os profissionais do direito e para os cidadãos é de que a mediação, como um dos instrumentos presentes na cultura do consenso, depende, para o seu destaque, de ser gerida pelos símbolos da sentença.

Por fim, frise-se que o texto desta pesquisa é assumidamente teórico, não possuindo a intenção de trazer dados numéricos para comprovar as hipóteses, tampouco soluções “prontas” para o problema acerca dos entraves. Entende-se que o reconhecimento e a compreensão da existência de entraves no Sistema Jurídico de solução dos conflitos no Brasil contemporâneo têm o condão de enriquecer a capacidade dos profissionais do direito de examinarem e recomendarem mudanças – particularmente quando elas envolvem “transplantes” de outras sociedades.

2 A DEFINIÇÃO DO TERMO CULTURA: NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE O VIÉS SOCIOLÓGICO E O RECORTE ANTROPOLÓGICO

A compreensão dos entraves na modificação de uma cultura jurídica depende, como pressuposto, de aduzir qual o conceito epistemológico e o respectivo significado de cultura que se quer imprimir e quais são as notas introdutórias sobre o seu entendimento. Isso porque a gênese do vocábulo "cultura" está no latim e, embora semanticamente signifique o "cultivo de grãos ou sementes" produzidos ou adquiridos por homens, cujo processo extrassomático lhe diferencia dos demais animais[6], a expressão, do ponto de vista científico, carrega em si uma polissemia. Ao evocar diferentes significados, nas mais variadas áreas de conhecimento em que é estudada, a palavra cultura não apresenta conceito unívoco nas ciências sociais.

Na descrição e na análise da vida em grupo de seres humanos, os termos mais usualmente utilizados são: sociedade, cultura, comunidade e civilização.[7] Esses termos são, na maior parte, empregados para expressar a ideia de uma totalidade. Como abstrações, as nomenclaturas representam diferentes facetas ou componentes de situações humanas básicas, mas servem apenas para cobrir uma pequena parcela daquilo que pretendem representar. Por conta disso, a diferença entre o estudo da cultura por meio do viés sociológico ou do recorte antropológico mostra-se muito tênue. De um lado, a cultura, pela sociologia, enfatiza a sociedade, o componente humano, a agregação de pessoas e a relação entre elas, enquanto na antropologia, a cultura basicamente aponta o componente de recursos humanos, tanto materiais quanto imateriais, acumulados.[8]

De maneira específica, os fenômenos culturais presentes nas manifestações artísticas, nos costumes e nas crenças podem conduzir à convergência de pensar a humanidade além de termos biológicos, sem, no entanto, ter um caminho comum na chegada quanto às descrições etnológicas, estruturais e simbólicas da sociedade. Cuche descreve que, não obstante a humanidade possui a mesma carga genética, diferencia-se por contrastantes nas suas escolhas culturais, razão pela qual a noção de cultura não está apartada do homem enquanto ser sociável[9].

---

[6] SANTOS, José Luiz. **O que é cultura**. 5. ed. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1986.
[7] Explica Norbert Elias que a palavra civilização, em francês ou inglês, e a palavra *Kultur*, do alemão, são inteiramente claras no emprego interno da sociedade a que pertence. Enquanto o termo civilização descreve um processo ou, pelo menos, o resultado no progresso do Ocidente e da humanidade, a palavra *Kultiviert* (cultivado) dá ênfase à identidade particular de grupos (consciência de identidade). Mais informações: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Volume 1: uma história dos costumes. Tradução: Ruy Jungmann. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
[8] SANTOS, José Luiz. **O que é cultura**. 5. ed. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1986.
[9] CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

Entender o homem como um animal político e social é o que permite delimitar a visão de cultura a partir do viés metodológico da sociologia.

O cientista social propõe conhecer o homem enquanto elemento integrante de grupos organizados. Desse modo, a sociologia, ao enquadrar o homem na sociedade e constituí-lo como objeto do conhecimento (pensamento do homem sobre o próprio homem), e não mais a natureza como centro do espírito científico, preocupa-se com questões acerca da formação, do desenvolvimento, da organização, da estrutura e do funcionamento das diversas escalas da sociedade humana.[10]

Os acontecimentos experimentados no século XVIII (como a Revolução Industrial, as novas formas de trabalho, as pequenas cidades rurais convertidas em grandes centros urbanos) trouxeram, por consequência, diversas transformações nas mais variadas searas políticas, sociais e culturais e foram pontos marcantes para o pensamento ocidental, sobretudo para a origem da sociologia enquanto disciplina autônoma e científica.[11]

Explica Martins que as mencionadas mudanças em uma comunidade marcadamente capitalista permitiram colocar a sociedade em um plano de análise, em especial, protagonizá-la como um "problema" a ser objeto de investigação.[12] Assim, em certa medida, a sociologia surge como uma resposta intelectual às novas situações impostas pela Revolução Industrial, fazendo com que parte dos seus temas centrais de análises se refiram às reflexões acerca da estrutura social, dos papéis desempenhados pelas instituições, dos conflitos de classes e das integrações ou exclusões da vida social.

Em uma mesma linha de definição sobre o que vem a ser sociologia, porém preocupado em estabelecer um método de estudo para essa ciência, o autor Durkheim explica que a função da ciência social é analisar os fatos sociais que se apresentam aos indivíduos de modo externo e coercitivo, isto é, entender as regras socialmente criadas e aprovadas por gerações anteriores, porém alheias às vontades das gerações atuais.[13] Em que pese o referido autor não tenha se orientado pela busca de uma neutralidade científica[14] retirando, inclusive, a possibilidade do

---

[10] CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.
[11] CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.
[12] MARTINS, Carlos Benedito. **O que é sociologia**. Coleção primeiros passados. 38. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
[13] DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 1. 9. ed. 2. imp. São Paulo: Ática, 2000.
[14] A intenção de conferir uma reputação científica e neutra (alheia aos julgamentos de valores sobre a sociedade) para a sociologia coube a Max Weber. Em seu estudo sobre a sociologia, o referido autor frisou a importância de a ciência compreender o indivíduo em suas ações, suas condutas, suas motivações e as consequências dos seus atos como elementos centrais da investigação, afastando-se de uma análise macro das instituições ou grupos

próprio homem de participar e modificar o processo construtivo social, colaborou no sentido de compreender que o motivo determinante ou o encargo da sociologia é detectar os problemas sociais e buscar as soluções correspondentes. Assim sendo, a sociologia, enquanto ciência, tem como "[...] meta a compreensão interpretativa da ação social (conduta humana) de maneira a obter uma explicação de suas causas, de seus cursos e dos seus efeitos"[15], ou seja, a disciplina salvaguarda a especificidade de estudar o comportamento humano nos seus mais diversos processos dinâmicos como um todo, em seu nível externo e coletivo, bem como dos grupos de poder que a compõem.

Traçando um paralelo entre a dominação de classes e a variação no acúmulo de capital econômico, o sociólogo britânico Giddens lembra que é tarefa dos pensadores da ciência social trazer conhecimentos específicos para discutir os problemas que se desenvolvem no interior da sociedade.[16] Nesse sentido, independentemente de suas filiações ideológicas, os autores da sociologia centraram-se em observar e explicar as grandes transformações pelas quais passava a sociedade europeia na época de formação e desenvolvimento do capitalismo, para demonstrar que a sociologia é um campo científico, cujo objeto de pesquisa é o fenômeno da "[...] física social ou das leis imutáveis da vida social"[17], precisamente o próprio fenômeno social, ou seja, o estudo da sociedade e seus compartimentos, que em nada se confunde com o objeto de estudo da antropologia.

Pode-se concluir, portanto, que a sociologia é uma área do conhecimento que investiga as relações sociais entre os diferentes grupos, utilizando-se de categorias próprias, como a política, o trabalho, a economia, as classes sociais, entre outros aspectos, para dinamizar o homem em suas relações, sobretudo, na esfera coletiva. Daí porque, por consequência, a cultura, para a sociologia, representa o resultado dos processos de interações que ocorrem na sociedade.

Nesse aspecto, para a sociologia, a cultura se faz sempre presente quando os seres humanos se organizam e aprendem a conviver no meio social, surgindo, necessariamente, de um processo social concreto, isto é, a "[...] cultura decorre da dimensão da vida cotidiana, tornando-se indissociável da realidade social".[18] Ao estudar um campo de relações sociais, seja

---

sociais. Para mais informações: WEBER, Max. **Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais, n. 13. São Paulo: Ática, 1981.

[15] WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução: Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2002. p. 11.

[16] GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

[17] Expressão de Auguste Comte, considerado um dos fundadores da sociologia. Para leitura: COMTE, Auguste. **Os pensadores**. Tradução: José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

[18] MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. p. 8.

empregando as noções de sociedade, cultura ou comunidade, pode-se distinguir a estrutura, a função e a organização dessas relações. Todos os elementos mencionados são necessários para a plena consideração do processo social. Resumindo: não obstante o termo cultura possa ser estudado segundo a totalidade das conexões que regem as pessoas em uma unidade social, isto é, possa ser empregado em uma sustentação amparada nas relações entre a sociedade e suas instituições, marcadamente por um viés sociológico, porém isso não é o recorte metodológico empregado nesta tese.

Ainda que, de todas as ciências sociais, a sociologia se mostre como a que mais guarda íntimas relações com o indivíduo, a sociedade e a própria cultura, para fins do que se deseja discutir nesta pesquisa (que é investigar a cultura jurídica brasileira, no tempo e no espaço, para o tratamento dos conflitos, adquirida por meio da aprendizagem e por meio de símbolos), entende-se que o conteúdo da antropologia é o que melhor permite elucidar o conceito de cultura necessário para a pesquisa.

Isso porque a antropologia não é uma "ciência normal", no sentido de blocos de preceitos imóveis propostos por Kuhn[19]. É uma disciplina dialética e eclética; um "[...] jogo de exposições e refutações incapaz de institucionalizar o consenso".[20] Por isso, a ideia de "invenção da cultura" de Roy diz respeito à relação entre a tradição e o consenso, na medida em que um antropólogo "inventa", mediante a observação e a aprendizagem, a cultura que está examinando, conforme os seus próprios atos e as suas próprias experiências.[21]

Assim é que, na antropologia, os fatos são observados na sua particularidade, ao passo que na sociologia são vistos a partir da sua coletividade, o que se torna difícil generalizar criticamente o campo de análise dessas duas ciências. Em que pesem as diferenças entre o social e o cultural não sejam tão substancialmente claras, seus conteúdos implicam tendências próprias. Enquanto na sociologia o fenômeno cultural é um conteúdo que apenas perpassa as relações sociais de maneira intrínseca, sem que signifique ser seu objeto propriamente de estudo ou análise, na antropologia a cultura é, por excelência, o objeto de investigação científica na dupla dimensão teórica e prática.[22]

---

[19] KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
[20] ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012. p. 17-18.
[21] ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.
[22] Na dimensão prática, tem-se a figura de um antropólogo – na qualidade de arqueólogo, que precisa exercitar as amostragens para tornar "visível" e "palpável" ou entrar em "choque" com a cultura objeto de exame, mas, para um antropólogo cultural ou social, basta que ele se relacione teoricamente e (invente) a cultura a ser estudada.

Etimologicamente, o próprio termo antropologia é derivado de *anthropos*: homem e *logos*: estudo, significando a chave para compreensão do homem em sua completude. Recorda Wagner que a antropologia "[...] estuda o fenômeno do homem – sua mente, seu corpo, sua evolução, sua origem, como um padrão geral ou de um todo e, para designar este estudo, os antropólogos passaram a empregar a palavra cultura".[23]

A cultura "[...] constitui-se no conceito básico e central da ciência".[24] Costuma-se empregar a nomenclatura "cultura humana" como se houvesse apenas uma cultura, mas o que se quer significar, na prática, é o estudo do homem. Quando se aborda, por exemplo, o vocabulário das "culturas no Brasil", quer se referir às tradições geográficas e históricas daquele fenômeno humano.[25] Por isso, os antropólogos, habitualmente, usam a palavra cultura para expressar o estudo do homem em um dado espaço geográfico e histórico, o que vai ao encontro da antropologia enquanto "[...] ciência definida como o estudo do homem em seu tempo social e natural".[26]

Na investigação antropológica, não se buscam entender os "porquês" das relações sociais em níveis culturais, tampouco se fazem levantamentos sistemáticos dos aspectos de uma sociedade em seus mais variados modos de produção[27]. Desse modo, contrariamente ao ponto de particularidade sociológica e, precisamente no ponto da totalidade, como diz Laplantine: naquilo que os homens "[...] não pensam habitualmente em fixar na pedra ou no papel, mas sim nos gestos históricos e nas trocas simbólicas"[28] é que a abordagem antropológica do papel da cultura se mostra de modo fundamentalmente diferente daquele utilizado setorialmente pela sociologia.

Para a antropologia, a expressão cultura se apresenta como o conceito fundamental da própria ciência, uma vez que "[...] exceto o recém-nascido, que ainda não sofreu o processo de

---

ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

[23] ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012. p. 37.

[24] KAHN, J. S. **El concepto de cultura**: textos fundamentales. Barcelona: Anagrama, 1975. p. 10.

[25] ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

[26] SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 1.

[27] Como exemplos de modo de produção objetos de estudo da sociologia, pode-se indicar as seguintes formas: atividade econômica, suas técnicas, sua organização política e jurídica, seus sistemas de parentescos, seus sistemas de conhecimento, suas crenças religiosas, sua língua, sua psicologia e suas criações artísticas, entre outras.

[28] LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. Tradução: Marie-Agnès Chauvel. 13. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 20.

endoculturação[29], não há indivíduo humano desprovido de modos comuns e aprendidos da vida, transmitidos por grupos, em sociedade".[30] Assim é que a experiência, adquirida e acumulada pelo homem e transmitida socialmente, pode ser vista como a abstração da cultura para a antropologia.

Admitindo-se a cultura como objeto de pesquisa fundamental no campo do saber antropológico, ressalta-se que não há, para essa própria ciência, uma teoria geral ou um entendimento abstrato que sirva, categoricamente, para definir o que vem a ser cultura.[31] Na antropologia, elaboraram-se inúmeras definições sobre a denominação cultura, sem encontrar, porém, um significado que seja comum a todos.

O que alguns antropólogos convergem, no entanto, é que a essência do sentido de cultura está na evolução científica do seu próprio termo, na medida em que, segundo explica Chaui, no início da história humana, a cultura significava o cultivo e o cuidado com a terra. Após, no decorrer da trajetória ocidental, esse sentido foi se perdendo até que, no século XVIII, a palavra ressurgiu como sinônimo de civilização (vida política e regime político). Com o Iluminismo, a cultura tornou-se o padrão ou o critério para medir o grau de civilização de uma sociedade, isto é, para avaliar e para hierarquizar o valor dos regimes políticos, como se fosse um critério de evolução.[32]

A ideia geral é de que o surgimento da cultura ocorreu para responder às indagações históricas sobre os contextos políticos, sociais, econômicos e jurídicos de uma determinada época.[33] Como afirma Bauman, a ideia de cultura reflete, fielmente, a ambuiguidade do momento histórico que pretende ser captado e descrito, tornando-se instrumento de percepção e reflexão, na medida em que a cultura foi uma "[...] invenção histórica para explicar uma experiência histórica".[34]

---

[29] O processo de "[...] aprendizagem e educação em uma cultura desde a infância que condiciona a conduta dos indivíduos" é chamado de endoculturação ou enculturação. MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47.
[30] MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.
[31] Assim é que, em não havendo unanimidade no próprio círculo científico entre os pesquisadores responsáveis pela categorização sobre a natureza e o conceito mais básico de cultura, não se faz crível, no desenvolvimento desta tese, apresentar todos os usos possíveis e imagináveis dessa locução para antropologia, limitando-se a pesquisa a identificar os parâmetros mínimos para definição de cultura na perspectiva antropológica.
[32] CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. Crítica y emancipación. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales**, Buenos Aires, Clacso, ano 1, n. 1, p. 53-76, jun. 2008. p. 55. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf. Acesso em: 24 mar. 2018.
[33] CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.
[34] BAUMAN, Zygmunt. **Ensaios sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 34.

Desse modo, a partir do Iluminismo, a antropologia foi recepcionada pela comunidade científica como a Ciência Social responsável por estudar a civilização e avaliar seu grau de progresso, precisamente o grau de evolução do ser humano em suas diversas facetas: biológica, social e cultural.

Por meio do aprimoramento de métodos e classificações, a antropologia geral passou a ser subdividida conforme o objeto de análise, sem prejuízo de outras classificações (antropologia linguística, arqueológica, entre outras), em:

> a) Antropologia física ou biológica (bioantropologia): o objeto de análise são as características genéticas e biológicas do homem;
> b) Antropologia social: sua pesquisa são as sociedades e suas estruturas. Difere-se da sociologia porque essa se dedica a entender os movimentos e as estruturas sociais de uma forma macro, ao passo que aquela é voltada à relação que o homem estabelece com esses fenômenos. A divisão norte-americana de antropologia não usa o conceito de antropologia social, chamando-a de antropologia cultural;
> c) Antropologia cultural: sua investigação são as questões culturais que envolvem o homem, como seus costumes, seus mitos, seus valores, suas crenças, seus rituais, sua religião, sua língua, entre outros símbolos, ou seja, preocupa-se com a cultura em si, que é menos abrangente que a sociedade.[35]

Do caráter multifacetado da antropologia, provém tanto o seu método etnográfico (estágio da pesquisa que engloba o trabalho de campo intensivo e a observação do objeto escolhido) quanto a sua abordagem etnológica (estágio da pesquisa em que são feitas as conclusões que não seriam possíveis no primeiro momento da aplicação do método da etnografia).[36]

De modo geral, a cultura é, para a antropologia, a forma comum aprendida da vida, compartilhada pelos membros de uma sociedade, constante de totalidade de instrumentos, técnicas, instituições, atitudes, crenças, motivações e sistemas de valores conhecidos pelo grupo.[37] Em outras palavras, a cultura é aquele comportamento apreendido, característico dos membros de uma sociedade, uma vez que os comportamentos instintivos, os reflexos inatos e os padrões predeterminados são inerentes aos animais em geral.

A "[...] cultura resulta de uma invenção social; é aprendida e transmitida por meio da aprendizagem e da comunicação"[38]. O processo associativo humano da cultura representa os recursos acumulados que as pessoas herdam, utilizam, transformam, enriquecem e transmitem,

---

[35] Classificação da antropologia quanto ao seu objeto encontrada em: LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 50.
[36] LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
[37] FOSTER, G. M. **Las culturas tradicionales y los câmbios técnicos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
[38] MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25.

ou seja, do ponto de vista do comportamento, a "[...] cultura é todo o comportamento aprendido que foi socialmente adquirido, incluindo os efeitos residuais da ação social".[39]

De toda forma, a cultura é a totalidade das reações e das atividades mentais e físicas que caracterizam o comportamento dos indivíduos que compõem o grupo social.[40] Daí porque o núcleo (peculiaridade) preponderante da cultura é composto por ideias (concepções mentais de coisas concretas ou abstratas), abstrações (exclusão das coisas materiais) e comportamentos (modos de agir) dos indivíduos.

A parte do ambiente feita pelo homem faz com que todos "[...] nós pertencemos a uma cultura (objetividade relativa) e, assim, devemos supor que todas as culturas são equivalentes (relatividade cultural)"[41], cujos componentes básicos são: conhecimentos, crenças (aceitação como verdadeira uma proposição comprovada ou não cientificamente), valores (objetos ou situações consideradas boas e desejáveis), normas (modos de agir dos indivíduos) e símbolos (realidades físicas ou sensoriais às quais os indivíduos atribuem valores ou significados), todos transmitidos de geração em geração.

Mencionados os componentes básicos, eles podem ser escalonados da seguinte maneira:

a) usos: padrões estabelecidos de acordo com uma determinada época, como as vestimentas;
b) costumes: normas socialmente criadas para limitar comportamentos tipicamente desejados, por exemplo, enterros de pessoas mortas. A não observância desses costumes provoca desaprovação social reconhecida como "tabus";
c) leis: regras de comportamento criadas por uma autoridade específica para impor costumes aceitos pelo grupo ou regular novas situações fora dos grupos.[42]

Além dos mencionados componentes, a análise de uma cultura deve ser feita a partir da sua estrutura referente aos padrões culturais por ela alcançados, ou seja, aqueles que são, segundo Melville, os "[...] contornos adquiridos pelos elementos de uma cultura, as

---

[39] FIRHT, Raymond. Estrutura e organização social. *In*: CASTRO, Celso. **Textos básicos de antropologia** – cem anos de tradição: Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 161.
[40] BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
[41] ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012. p. 40.
[42] BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis. **Introdução à ciência social**. São Paulo: USP, 1972.

coincidências dos padrões individuais de conduta, manifestos pelos membros de uma sociedade, que dão ao modo de vida essa coerência, continuidade de forma diferenciadora".[43]

Desse modo, o padrão cultural resulta do agrupamento de complexos direcionados como uma norma de conduta aos indivíduos pertencentes àquela cultura.

Nesse aspecto, o padrão cultural é "[...] um comportamento generalizado, estandardizado e regularizado; ele estabelece o que é aceitável ou não na conduta de uma dada cultura"[44], revelando-se, portanto, como uma norma relativamente homogênea, aceita pela sociedade, que reflete as maneiras de pensar, agir e sentir do grupo. Os indivíduos, por meio do processo de endoculturação, assimilam os diferentes elementos da cultura e passam a agir de acordo com os padrões estabelecidos pelo grupo.

Portanto, um conceito comum de cultura, para os antropólogos, justifica-se na presença dos comportamentos, dos valores e das abstrações que, construídos em torno de traços humanos, transcendem aos indivíduos que participaram da sua feitura e transmitem-se ao longo das gerações, por meio da aprendizagem e do processo de padronização.

No mais, a cultura, a sociedade e a comunidade implicam-se, mutuamente, ainda que, ao serem concebidas como grandes unidades isoladas para o estudo do caso concreto, suas fronteiras necessariamente não coincidam. Como desenvolvida nesta seção, a cultura pode ser estudada pelo viés da sociologia de modo perifericamente passando pelas relações sociais, porém, pela antropologia, ela se perfaz como o objeto propriamente científico, razão pela qual, para fins desta pesquisa, cultura há de ser lida, por consequência, a partir do recorte metodológico da antropologia.

2.1 O PAPEL DO PROCESSO HISTÓRICO E DOS SÍMBOLOS COMO COMPONENTES ELEMENTARES NA FORMAÇÃO DE UMA CULTURA PELA VISÃO DA ANTROPOLOGIA CULTURAL OU SOCIAL

Por consequência das variabilidades conceituais de cultura para a antropologia, faz-se necessário, também nesta pesquisa, apresentar a corrente antropológica que servirá de parâmetro para interpretar os componentes elementares de formação da cultura.

---

[43] HERSKOVITS, Melville J. **Antropologia cultural**: man and is works. São Paulo: Mestre Jou, 1963. p. 231.
[44] MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

Segundo Taylor, um dos primeiros antropólogos a classificar a cultura em diferentes graus evolutivos ("entre os povos atrasados e os desenvolvidos"), até o campo das ciências sociais e humanas com o fenômeno da "[...] culturalização das ciências sociais"[45], não é possível definir um único conceito antropológico de cultura: seja porque os estudiosos não possuem a menor ideia do seu significado ou, exatamente, porque têm centenas delas.[46]

Em razão da identidade entre as manifestações históricas e as relações humanas e o objeto central desta tese, que visa discutir o modo como os homens definem e privilegiam, culturalmente, os métodos de tratamento dos seus conflitos, o conceito de cultura será definido pelo viés da antropologia, notadamente em sua vertente social ou cultural.[47]

Historicamente, o conceito antropológico de cultura foi dimensionado elasticamente ao longo do tempo. Para a antropologia ou etnologia cultural, entre os séculos XVIII e XIX, o sentido figurado de cultura foi definido no plural como "culturas", a partir de uma perspectiva meramente descritiva, evolucionista e científica da vida social do homem em sua dimensão coletiva.

Empregada, de início, por Edward Burnett Tylor, o caráter científico da cultura foi conferido por meio da concepção clássica denominada antropologia cultural, que visa descrever "o que e como é uma cultura", atribuindo ao seu termo um sentido puramente descritivo, e não servindo para "[...] explicar ou relatar como deveria ser" uma cultura.[48]

Utilizando-se do método comparativo e, envolvido na visão evolucionista e linear das "culturas", Tylor examina as etapas fixas de desenvolvimento que, supostamente, todas as

---

[45] É o fenômeno que direciona, no discurso das ciências sociais aplicadas, uma vertente antropológica (antropologia social), segundo o raciocínio de que o fato social também é apreendido, descrito e representado por uma máxima cultural. BAUMAN, Zygmunt. **Ensaios sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 56.

[46] Sidney Mintz propõe uma série de interrogações, a fim de demonstrar as dúvidas que sobressaem entre os antropólogos quanto ao conceito de cultura: "Cultura seriam ideias? Seriam padrões? Seriam atos? Seriam as consequências, incluindo os objetos materiais, desses atos? Seria tudo isso, uma relação entre alguns, ou todos eles, ou uma coisa inteiramente diversa?". MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-227, jun. 2017.

[47] A partir do movimento Iluminista no século XVIII, a antropologia foi recepcionada pela comunidade científica como a ciência social responsável por estudar o ser humano em suas diversas facetas: evolução biológica, social e cultural. Por meio do aprimoramento de métodos e classificações, a antropologia geral pode ser subdividida conforme o objeto de análise, sem prejuízo de outras classificações (antropologia linguística, arqueológica, entre outras), em: antropologia cultural – sua investigação são as questões culturais que envolvem o homem, sendo seus costumes, mitos, valores, crenças, rituais, religião, língua, entre outros símbolos de determinado grupo social, ou seja, preocupa-se com a cultura em si, que é menos abrangente que a sociedade. Do caráter multifacetado da antropologia, provém tanto o seu método etnográfico (estágio da pesquisa que engloba o trabalho de campo intensivo e a observação do objeto escolhido) quanto a sua abordagem de etnologia (estágio da pesquisa em que são feitas as conclusões que não seriam possíveis no primeiro momento da aplicação do método da etnografia). LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

[48] TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Expresso Zahar, 2014. p. 25.

sociedades deveriam passar, iniciando na selvageria até o mais avançado degrau, o civilizado, todas talhadas pelos padrões europeus, branco e universalizante.[49]

A partir disso, a antropologia cultural passou a representar a subdivisão mais antiga e restritiva do vocábulo cultura, na medida em que seu procedimento, além de hierarquizar e classificar os povos, diferencia e inferioriza os chamados "primitivos" diante dos "desenvolvidos" e, assim, relativizar a cultura, para ficar em sintonia com os modelos científicos raciais recomendados à época.[50] Ainda nesse mesmo período, não obstante cultura fosse entendida como a soma de valores acumulados e transmitidos pela sociedade, e civilização fosse compreendida como o conjunto de valores escolhidos por seres não primitivos ou selvagens, ambas as conotações, por pertenceram ao mesmo campo semântico do progresso científico, passaram a se aproximar. Sob o argumento de que o progresso material e moral retiraria a humanidade da ignorância e da irracionalidade, conferindo-lhe melhores condições de subsistência, a cultura, por consequência, serviu como justificativa para o predomínio da razão sobre as forças da natureza e sobre os propósitos humanos.[51]

Por outro lado, o antropólogo Boas, que não estava preocupado em estudar "a" cultura para demonstrar a superioridade ou inferioridade dela em relação às demais, era adepto de uma visão "antievolucionista e não classificatória" de cultura, na medida em que se prestava a observar diretamente "as" culturas dos povos para englobar, no seu conceito, a espécie humana – segundo a qual todos os grupos humanos, e não outras formas de vida, manifestariam a capacidade cultural.[52]

Boas dedicou-se às pesquisas *in loco* para observar as propriedades particulares da cultura, o que rendeu, por consequência, a criação de um procedimento de observação, anotação e sínteses sobre cada detalhe da população, cuja cultura está sendo analisada, conhecido como os procedimentos técnicos da etnografia e etnologia.[53]

---

[49] TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Expresso Zahar, 2014.
[50] MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-227, jun. 2017. p. 255.
[51] SCHWEITZER, Albert. **Decadência e regeneração da cultura**: filosofia da cultura. São Paulo: Melhoramentos, 1964.
[52] BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
[53] Metodologias de pesquisa aplicadas, por excelência, pela antropologia (macro) para descrever, coletar dados e propor conclusões sobre um determinado povo. O procedimento fundamenta-se, inicialmente, na aplicação da técnica da etnografia que consiste no trabalho de campo com o contato intersubjetivo entre o antropólogo e o objeto de pesquisa para descrição e coleta de dados. Em um segundo momento, o antropólogo aplica a técnica da etnologia, que inclui a síntese dos fatos narrados no primeiro estágio etnográfico. LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

No entanto, foi somente na metade dos anos 80 do século XX que uma segunda geração de antropólogos culturais passou a entender a cultura separada da visão essencialmente de análise, descrição, classificação e comparação entre os povos para um progresso dos homens "selvagens" à vida "civilizada".

Enfatiza-se a ideia de que todos os "[...] homens são dotados do mesmo equipamento anatômico, mas que a sua utilização depende de um aprendizado consubstanciado na cópia de padrões"[54], isto é, que todo homem adquire e produz cultura, é que o elemento tempo e o caráter "[...] historicizado, localizado, polifônico, político e discursivo, passaram a ser inseridos em seu conceito"[55]. Significa dizer que a cultura mantém constantemente a sua identidade, embora nunca seja a mesma por muito tempo, permanecendo em fluxo de mudanças, pois na cultura não existe o "agora", ao menos no sentido postulado de sincronia intrageracional (para as gerações presentes).

Nesse sentido, não existe cultura em "estado puro", sempre igual a si, sem jamais ter sofrido a mínima influência do dinamismo externo. Como recorda Cuche, toda cultura é um processo diacrônico intergeracional (para as gerações futuras) que se elabora a todo instante por meio do triplo e permanente movimento de construção, desconstrução e reconstrução.[56]

Segundo a posição considerada "superorgânica e superindividual" de Kroeber, um fato cultural é sempre um fato histórico, e o entendimento mais completo que se pode ter sobre este fato é o conhecimento histórico[57] e, em complemento, Wolf entende a cultura pelas formas desenvolvidas historicamente, por meio das quais os membros de determinada sociedade se relacionam entre si[58].

O que a cultura compreende, portanto, não é uma visão "a-histórica" do seu processo estrutural, mas sim algo que pode ser inteligível por todos, na medida em que ela absorve padrões de valores (linguagem, crenças, costumes, entre outros) que não se fixam no indivíduo, orgânico e isolado, e sim no percurso histórico das ações e dos comportamentos dos homens enquanto agentes transmissores de um processo de tradição.

Desse modo, uma das partes integrantes da definição do conceito de cultura para antropologia cultural e adaptada para fins desta pesquisa é que ela é o resultado da produção

---

[54] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 24. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 33.
[55] COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloíze da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. Pensando o Direito no Século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 78.
[56] UCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.
[57] ROEBER, Alfred Louis; LARAIA, Roque de Barros. **Organização social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
[58] WOLF, Eric R. **A Europa e os povos sem história**. São Paulo: Editora da USP, 2005.

histórica das relações sociais dos indivíduos ou dos grupos entre si, o que implica, por consequência, que, para compreender a formação da cultura de um povo, torna-se indispensável examinar a situação sócio histórica que a produziu. A cultura é, portanto, "[...] produto do processo histórico de cada povo e deve ser estudada historicamente para que seja, afinal, entendida".[59]

No entanto, os indivíduos pertencem a uma sociedade que registra-se: não é estática, tampouco simétrica (processos de classes) e pode empregar formas culturais variáveis, mas igualmente aceitáveis, na medida em que o multiculturalismo (pluralidade cultural) é um fenômeno vivo em qualquer contexto social, pois é um "[...] erro pensar numa cultura em cada sociedade, uma subcultura em cada segmento social e esse erro prejudicou a capacidade de entender dinamicamente as coisas".[60]

Pode-se dizer, assim, que, embora haja um "código padrão" na formação histórica de uma cultura compartilhada, persiste também a convivência plural de várias culturas no interior do mesmo arranjo comunitário. O que acontece, dessa forma, é que a heterogeneidade cultural é percebida qualitativamente de modo diferente pelos sujeitos integrantes do mesmo ou de diversos grupos, dando azo a uma diversidade.

A diversidade cultural é o modo diferente com que os grupos percebem, reconhecem ou dão significado para determinados elementos, como: regras, tradições, linguagem, hábitos ou costumes, entre outros. A diversidade cultural apresenta um duplo sentido: diversidade em relação ao outro pertencente à outra cultura e diversidade ao outro pertencente à mesma cultura.[61]

Acontece que, segundo a linguagem antropológica, quando o outro (que é aquele em que eu reconheço possuir elementos diferentes daqueles presentes na minha identidade cultural) encontra-se presente no meu grupo, surge a necessidade de se estabelecer uma relação com ele, capacidade chamada de alteridade.[62]

Todavia, no momento em que a capacidade de se relacionar com o outro torna-se restrita ao campo cultural do sujeito, a reação, frente ao outro, é de rejeição, pois se insere a própria cultura no centro e se estabelece com as demais de modo inferiorizado (etnocentrismo).[63]

---

[59] MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-227, jun. 2017. p. 234.
[60] MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-227, jun. 2017. p. 234.
[61] LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
[62] GOLDMAN, Márcio. **Alguma antropologia**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.
[63] Etnocentrismo cultural é um caminho antropológico em que o investigador, ao analisar o conjunto de hábitos, crenças e comportamentos presentes no grupo objeto de pesquisa, leva em consideração seus valores e coloca

Porém, no momento que a capacidade de se relacionar com o diferente é aberta, a reação, frente ao outro, é de aceitação, pois se reconhece e se compreende a cultura alheia sem utilizar a própria cultura como parâmetro de comparação com julgamento de superioridade (relativismo).[64]

Não obstante se perceba a diversidade cultural interna, permanecem os sujeitos vinculados ao mesmo suporte histórico e simbólico (linguagem, tradições, regras, costumes, entre outros), porque a base é composta pelos indivíduos integrantes do sistema cultural, reflexo do mesmo conjunto histórico, simbólico e social em que a cultura foi produzida.

Nesse contexto, admitir a diversidade cultural é importante para esclarecer, nesta tese, que os métodos para o tratamento dos conflitos existentes internamente podem ser extremamente variados, principalmente considerando o fenômeno do regionalismo[65], encontrado no âmbito da cultura brasileira, porém, todo o processo de construção da cultura jurídica brasileira é, em si, comum e pertencente ao mesmo complexo cultural: uno e idêntico da sua história e dos seus símbolos dominantes.

Outra parte integrante da definição do conteúdo de cultura para fins da antropologia cultural e acolhida nesta pesquisa é sua simbologia como vertente interpretativa e legitimadora do grupo social. Se a cultura foi inventada para desempenhar papel decisivo na garantia do ajuste entre os sistemas sociais ou para servir como canal para dar respostas às indagações das experiências históricas, ela precisa, por efeito, da consolidação de um sistema que funcione de modo padronizado, isto é, de um sistema simbólico dominante.

As expressões dos significados e a interpretação dada sobre eles, bem como o controle que selecionará os significados e as interpretações preponderantes, são invenções simbólicas humanas, imaginadas e assimiladas, podendo se cristalizar em uma convenção ou reforçar uma tradição.[66]

---

sua cultura no centro como sendo a mais importante, em detrimento ou inferiorizando as demais. Consequentemente, essa forma de investigação pode causar intolerância ou representar atitudes extremadas, preconceituosas, radicais e, até mesmo, xenófobas. GOLDMAN, Márcio. **Alguma antropologia**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

[64] Relativismo cultural é uma corrente antropológica que pressupõe que o investigador, ao analisar o conjunto de hábitos, crenças e comportamentos, presentes no grupo objeto de pesquisa, procure ter uma visão neutra diante do que, a princípio, pareça estranho ou soe diferente ao seu modo. Relativizar é afastar-se da sua própria cultura, deixar o julgamento de lado e, assim, melhor compreender o outro. GOLDMAN, Márcio. **Alguma antropologia**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

[65] O fenômeno do "regionalismo" compreende as variações encontradas de uma região do país à outra quanto às tradições, aos hábitos, aos costumes, entre outras formas. LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

[66] WAGNER, Roy. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

A simbologia funciona em estilo padronizado e direciona mensagens às pessoas, ou seja, os símbolos servem para organizar, facilitar e regular o comportamento humano. Há muitos sistemas de símbolos no interior de uma cultura, por exemplo, sem prejuízo de outros:

a) símbolo ou sistema de linguagem: formas de comunicação entre as pessoas;
b) símbolo ou sistema de valores: princípios dicotômicos definidos entre certo ou errado, lícito ou ilício, justo ou injusto;
c) sistema ou símbolo normativo: expectativas de como as pessoas devem se comportar em diferentes situações;
d) sistema ou símbolo de crença: cognição das pessoas sobre o que deveria existir ou como algo deveria ser.[67]

Nesse âmbito, todo o comportamento humano pode ser mediado por meio de símbolos e, por isso, segundo Thompson, estudar a "[...] cultura é buscar entender os diversos sistemas simbólicos que permeiam os significados e os significantes nas relações entre os sujeitos"[68], para que os sujeitos tenham uma melhor adaptação, interpretação e interação no meio social.

Ademais, ter uma cultura é, em último grau, gozar da sensação de pertencimento ao grupo, não como máxima de um nacionalismo em oposição ao multiculturalismo, mas como um vínculo de identidade pessoal; aquela que confere significado ao "meu eu" enquanto sujeito individualizado e, uma identidade social; aquela garantidora de "nós" ao tempo de sujeitos que fazem parte, inseridos e pertencentes àquela sociedade, sem que se excluam outras.

Por fim, na trilha de Geertz, o termo cultura está sempre imerso em um contexto, que pode ser descrito de uma forma inteligível, razão pela qual a compreensão da totalidade do seu vocábulo depende, sempre, de uma atividade interpretativa, de ser buscado, dentro de um contexto histórico, o seu real significado para determinado grupo.[69]

Descrevendo densamente uma teoria interpretativa da cultura, Geertz observa que o homem é um animal amarrado nas teias de significados que ele mesmo teceu, assumindo ser a cultura um dos elementos dessas teias, não como uma ciência experimental em busca das leis, mas sim como uma ciência interpretativa a procura de significados. A cultura é, justamente, uma explicação acerca das expressões sociais enigmáticas encontradas na sua superfície. Por

---

[67] BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis. **Introdução à ciência social**. São Paulo: USP, 1972.
[68] THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 56.
[69] CLIFFORD. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

isso que a antropologia é interpretativa: ela procura entender o que acontece no seu objeto de pesquisa, que é a cultura, embora também esteja no meio desse acontecimento cultural e, por essa razão, a cultura nunca é igual.[70]

Se toda cultura é uma incógnita completa para o outro ser humano e ainda é sempre temporária, o objetivo do antropólogo, ao interpretar uma cultura, é entrelaçar os signos (símbolos) casualmente encontrados nos acontecimentos sociais, nos comportamentos, nas instituições ou nos processos, como um contexto dentro do qual tudo pode ser descrito.

Daí porque Geertz explica que o papel dos antropólogos não é estudar as aldeias (tribos, cidades, entre outros), mas sim estudar "nas" aldeias, desenvolvendo uma forma de entender a cultura como um método, a partir do estudo da percepção dos indivíduos nelas presentes.[71] Para se entender o processo cultural de um povo, é essencial notar e interpretar o discurso social do povo (objeto de análise) e olhar as dimensões simbólicas da ação social (arte, religião, ideologia, ciência, lei, moralidade, senso comum) para, assim, responder às questões mais profundas, bem como incluí-las no registro de consultas sobre aquilo que o homem já falou ou experimentou.

A cultura é, em suma, a identidade comum dos sujeitos que oferece a sensação de pertencimento a um grupo e cujo conteúdo e estrutura são reflexos do processo histórico e dos símbolos quanto às crenças, aos costumes, à moral, às leis e a quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelos sujeitos.

Cultura será entendida, então, para esta tese, a partir do recorte metodológico da antropologia cultural, que a compreende como sendo a soma da história e dos símbolos de um povo, precisamente como um resultado do processo de endoculturação da história e dos rituais práticos que padronizam o comportamento dos indivíduos.

2.2 ADJETIVANDO O TERMO CULTURA COM A QUALIDADE DE JURÍDICA

O conceito de cultura como histórico e simbólico, tomado de empréstimo da vertente da antropologia cultural, agora, neste tópico, aparece adjetivado com a qualidade de "jurídica", sendo o resultado da produção histórica e simbólica do direito que qualifica, em caráter singular e original, o tema.

---

[70] CLIFFORD. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989. p. 24.
[71] CLIFFORD. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989. p. 25.

A partir do momento em que, por meio da aplicação de uma "metodologia de descrição densa"[72], a cultura busca dar significados contidos nas manifestações sociais, pode também se incorporar no campo prático e teórico do direito, passando, então, a ser qualificada como "cultura jurídica".

Se a cultura é o processo pelo qual a humanidade se civiliza em uma sociedade e, se o direito existe somente em "razão de" e "onde" a humanidade se encontra[73], o que se faz em uma cultura repercute no direito e vice-versa. A relação entre direito e cultura, no entanto, por ser contemporânea, dialética e intrínseca, não pode reivindicar anterioridade de um ao outro.

Considerando que a conduta humana se desenvolve em um múltiplo contexto, historicamente estabelecido, e que os fatos ocorridos na sociedade são valorados, em regra, conforme o momento histórico por ela experimentado, o direito, além das esferas normativa e valorativa, contém um espaço fático (social), podendo, assim, ser examinado como fruto da cultura do seu povo.[74]

Se a conduta jurídica é resultante da experiência social, o direito, que não "[...] é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da história"[75], ou porque "[...] não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade"[76], não se encontra isolado e possui uma dependência da cultura.

Nesse sentido, a partir da corrente jurídica filosófica denominada culturalismo jurídico, sobretudo após os autores no Brasil (a saber, o percursor sergipano Tobias Barreto[77] – da Escola de Recife – e, posteriormente, o paulista Miguel Reale, da Escola de São Paulo), o direito passa a ser compreendido por uma dimensão ontológica, na qual o objeto jurídico é visto, necessariamente, conforme o fato social.

Sendo o Sistema Jurídico o resultado da experiência multifacetada social, um dado da cultura, desloca-se a teoria do direito, preconizada na norma, para inserir em seu âmbito também o processo histórico e simbólico da cultura. Por isso, o estudo do direito,

---

[72] CLIFFORD. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989. p. 24.
[73] Prova disso é o brocardo latino "*ubi societas, ibi jus*", cuja tradução significa: "onde está a sociedade está o direito".
[74] FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Cultura jurídica. **Carta Forense**, 4 jul. 2007. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cultura-juridica/818. Acesso em: 1 ago. 2017.
[75] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 44.
[76] BARRETO, Tobias. Estudos de direito. *In*: BARRETO, Luiz Antonio (org.). **Obras completas**. Brasília: Gráfica Alvorada, 2013. p. 444.
[77] A sua teoria culturalista do direito tem aporte crítico porque rompeu, à época, com a compreensão meramente normativista do direito, ao mesmo tempo em que se opôs ao jusnaturalismo e ao positivismo.

principalmente em razão da diversidade nas interações sociais, depende do exame da base material e cultural que lhe deu origem.

Entenda-se por cultura jurídica, portanto, o conjunto de significados e marcos teóricos que efetivamente circulam na produção do direito ou, ainda, prevalecem nas instituições jurídicas e que atribuem uma tipicidade ao direito brasileiro. Em outras palavras, a "[...] cultura jurídica é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social".[78]

Assim, em sendo o direito um produto da cultura que lhe subscreve, o Sistema Jurídico está sujeito à influência dos demais elementos culturais presentes em determinado tempo e lugar. Nesse sentido, o Sistema Jurídico e, em especial, seus métodos de administração dos conflitos, nada mais são do que um reflexo da cultura a qual pertencem. Nesse aspecto, o entendimento sobre cultura pode auxiliar a pensar estrategicamente sobre a própria realidade jurídica, ou seja, é importante assimilar os sentidos de uma realidade cultural para aqueles que nela vivem, pois, cada realidade cultural tem sua lógica interna, de modo que se deve procurar conhecê-la, para que façam sentido suas práticas e seus costumes.

É preciso, portanto, relacionar a variedade de procedimentos jurídicos com os contextos culturais em que são produzidos e, ainda, verificar as instituições jurídicas segundo o conceito semiológico de cultura, de modo que seus significados possam ser extraídos pela observação dos usos que deles fazem os juristas e os cidadãos.[79]

Segundo Tarello, os sistemas jurídicos são integrados por, além de um nível externo (opiniões externas sobre as instituições jurídicas), por uma parte interna, que o autor denomina como cultura jurídica interna. Formada pelo conjunto de linguagem, modo de pensar, princípios, técnicas interpretativas e procedimentos, a cultura jurídica interna incorpora-se nos cidadãos que usufruem dos métodos de tratamento dos conflitos e nas diferentes categorias de profissionais do direito (advogados, juízes, membros do Ministério Público, entre outros) que a utilizam no cotidiano forense.[80]

Dessa forma, a cultura jurídica interna compreende pensar as atividades próprias dos juristas (exemplos: peticionamento, interpretações, manifestações, decisões, entre outras), para além de um direito positivo, procurando perceber o significado "vivo" que compõe o enunciado

---

[78] FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, t. I, 2006. p. 340.
[79] FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Cultura jurídica. **Carta Forense**, 4 jul. 2007. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cultura-juridica/818. Acesso em: 1 ago. 2017.
[80] TARELLO, Giovani. **Cultura juridica y politica del derecho**. Madri: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

da norma e que dá credibilidade à crença na tomada da decisão por um terceiro. Condiciona os interesses e as motivações ideológicas, sobretudo os comportamentos e o agir individual dos juristas, como: interpretações das leis, teses defendidas por um advogado, alterações no pensamento teórico do direito, entre outras construções.[81]

Parte-se, então, da ideia do direito como um produto social, isto é, de que o "[...] direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (disciplina social), mas também de considerar a própria produção do direito (valores jurídicos e textos jurídicos"[82].

O exame da cultura jurídica interna do tratamento dos conflitos em qualquer país, especialmente a análise dos métodos adotados pelo Sistema Jurídico, requer verificar as vicissitudes do tempo e do lugar em que tais valores foram adquiridos pela sociedade. Se para definir o nível macro da cultura é indispensável ponderar o processo histórico social que a precedeu e os símbolos que lhe formaram, por consequência, a reflexão sobre a cultura jurídica também perpassa pelo entendimento da história e da simbologia que formam o entendimento sobre o direito, suas teorias escolásticas, suas instituições dominantes, o perfil de formação dos seus profissionais e dos métodos de tratamento dos conflitos.

Portanto, se o entendimento sobre a cultura jurídica, ao menos para esta tese, se dá a partir da história e dos símbolos que orientam os comportamentos dos juristas e dos cidadãos na busca de tratamento para suas controvérsias, convém explicar o contexto histórico e os signos que influenciam sobremaneira na formação dos mais diversos sistemas jurídicos para o tratamento dos conflitos, em especial a solução por meio da autotutela, da autocomposição e da heterocomposição.

2.3 OS ELEMENTOS CULTURAIS E A SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS: OS MEIOS DA AUTOTUTELA, DA AUTOCOMPOSIÇÃO E DA HETEROCOMPOSIÇÃO

O dualismo representado pelo "meu" e o "teu" conduz ao surgimento do "nosso" conflito, cuja existência é marcada nas ações humanas pela vontade de dominar e pelo impulso de reagir. Derivado do latim *conflictu,* etimologicamente a palavra engloba a ideia de choque

---

[81] FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Cultura jurídica. **Carta Forense**, 4 jul. 2007. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cultura-juridica/818. Acesso em: 1 ago. 2017.
[82] HESPANHA, Manuel António. **Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 40.

ou contraposição. Por isso, no senso comum, a palavra conflito se encontra envolta de negatividade. Afinal, a controvérsia é a "[...] negação da cooperação e a oposição composta pela vontade, cujo objeto é o enfrentamento com o outro, ou seja, rompe-se a resistência do outro e domina-se a expectativa alheia".[83]

Segundo a "teoria de conflitos", elaborada por Entelman, o objeto científico (conflito) é definido como uma "[...] espécie do gênero das relações sociais, sendo uma sequência de condutas recíprocas, cuja diferença com o gênero reside na incompatibilidade dos objetivos dos autores que as realizam. Tal sucessão de condutas é um processo dinâmico".[84]

Ao categorizar o conflito como uma relação social, ou seja, como em um elemento intrínseco à existência humana, surgindo quando uma necessidade não é satisfeita ou quando a identidade não é reconhecida, aquele só pode ser compreendido na sua efetividade e importância quando inserido na história da humanidade, tendo em vista que se impõe como fator do processo universal dos homens e das sociedades.[85] Assim, uma vez instaurado o conflito no seio social, a forma como a sociedade lida com os problemas (caráter positivo ou negativo) dependerá do contexto antropológico no qual o conflito se instaura.

Desse modo, cada sociedade expressa diferentes reações e mecanismos para combater os conflitos. Qualquer Sistema Jurídico para o tratamento dos conflitos é o reflexo das construções sociais, históricas e simbólicas, elaboradas entre os sujeitos que nele interagem e entre as instituições que eles integram. Não obstante, a premissa contrária também é verdadeira: a cultura e os costumes de um povo podem sofrer influxos e transformações com a imposição das normatividades. Trata-se, assim, de um fenômeno dialético que desponta entre a cultura e o direito; o Sistema Jurídico para solução das controvérsias está sujeito às influências dos elementos culturais presentes em determinado tempo e lugar, sem que se possa desconhecer, por outro lado, que a cultura também decorre ou se transforma segundo às intervenções jurídicas.[86]

---

[83] FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Tradução: Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madri: Ministerio de Defensa; Secretaría General Técnica; D. L., 1995. p. 58.
[84] ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 75.
[85] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
[86] Um exemplo da influência da cultura nos sistemas de resolução dos conflitos (e vice-versa) é apresentado por Chase a partir da observação do povo Azande, da África Central, cujo meio de tratamento das controvérsias concentra-se na consulta do *benge* (oráculo veneno, ou seja, bruxaria e magia). Relata o autor que "[...] foi tão difícil para os Azande entender como os europeus não conseguiam enxergar a magia que está em tudo, quanto o foi para os europeus compreender como este povo nutria tal crença" (2014, p. 45). Além disso, o autor explica a relação entre o julgamento por consulta *benge* e as principais características da sociedade Zande, concluindo que essas formas de magias e bruxaria eram instituições de solução de litígios vitais para manutenção das relações sociais de classe, gênero e hierarquicamente governada por um membro real da aristocracia hereditária. Mais

Os elementos culturais, isto é, o desenvolvimento histórico e os símbolos de uma sociedade influenciam na formação de um Sistema Jurídico vinculado à solução dos conflitos, desde o meio da autotutela, passando pela via da autocomposição e encerrando na forma da heterocomposição, modos esses que marcam a predisposição de uma sociedade em se sujeitar ao exercício de um meio sobre o outro.

A história da humanidade é sempre sinalizada entre a vontade de "[...] dominar e de defender-se da dominação"[87], bem como entre o dualismo do "amigo x inimigo[88], ou seja, é marcada "entre o meu e o teu" que conjuga o "nosso" conflito como elemento intrínseco à natureza humana e cuja eliminação só pode se dar peremptoriamente. Os conflitos intersubjetivos são consequências da imposição de escolhas e a resistência a elas, ou seja, resultam das pessoas quando essas estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições e cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra.

A capacidade de impor escolhas e resistir a elas criam na sociedade, inevitavelmente, os conflitos de interesses, cuja natureza concorrencial para além do "meu e teu", do "[...] para frente e para trás, o toma/larga, puxa/empurra, toma/dá"[89], em que nenhum dos envolvidos tem poder suficiente para eliminar o combate, apenas pode ser compreendida, na sua efetividade e importância, quando inserida na história da humanidade.

Tendo em vista que os conflitos se apresentam como fenômenos inerentes ao processo universal das sociedades, motivo pelo qual são inevitáveis, marcando o próprio homem enquanto ser dialético e histórico, é chegado um momento que as pessoas precisaram criar formas para solucionar suas controvérsias, sob pena de não mais conseguirem conviver harmonicamente. É inevitável a formação de disputa em uma sociedade, porém a forma como o conflito é solucionado varia conforme a cultura do grupo.

Instaurada a manifestação de pretensão e a oposição de resistência, surge a necessidade de as pessoas criarem meios para fazer a sua composição (de compor, do latim *componere* – cum, com, e *ponere*, põe – pôr com), a fim de "com-pôr" o problema que, na cultura jurídica, é

---

informações: CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sérgio Arenhart e Gustavo Osma. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[87] NIETZSCHE, Friedrich. **Frammenti postumi 1887-1888**. Milão: Adelphi, 1971. p. 255-256.

[88] O autor Carl Schmitt, na obra **O conceito do político**, definiu política como sendo a esfera das relações humanas passíveis de serem inscritas no binômio "amigo-inimigo", descrevendo o inimigo como aquele que deve ser eliminado para que o amigo possa sobreviver. Para aprofundar o tema: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992. p. 10.

[89] Expressão retirada de: SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. p. 261.

tratado pelo processo judicial para se alcançar a "paz social". Nesse sentido, basicamente três formas de gestão dos conflitos foram desenvolvidas ao longo da história: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Esses meios são, regra geral, apresentados teoricamente nessa disposição, embora não exista uma ordem cronológica entre eles. Explicam Wanderley Rodrigues e Lamy que essa ordem é uma sequência lógica, não necessariamente cronológica, além do que alguns meios coexistem historicamente ainda hoje, embora não necessariamente na sua essência mais pura.[90]

Assim, se cada povo, recordando o tema desta seção, apresenta uma cultura e cada cultura elege uma maneira na qual prepondera certo meio de administração dos conflitos, a chamada autotutela ou autodefesa (tutela, tudo o que defende ou protege; de *tueri*, olhar ameaçar; logo, defender com força), é a forma por meio da qual um dos contendores subjuga o outro, para satisfazer a sua pretensão, cujo instrumento simbólico é o uso da força.[91]

Na autotutela, as próprias pessoas envolvidas na controvérsia é que solucionam o problema, embora o façam mediante o emprego da força, sendo, por isso, considerada a forma mais primitiva de tratamento dos embates. Tendo em vista que existe uma relação de poder em que o mais forte impõe sua força ao mais fraco, solucionando a controvérsia, a autotutela é uma espécie de "justiça privada"; aquela em que é feita com as "próprias mãos" – cujo surgimento é anterior à formação do Estado e da sociedade civil. Enquanto ainda não existiam o contrato social e a determinação de regras jurídicas, as pessoas solucionavam seus conflitos por meio da imposição da força.[92]

A autotutela remonta, basicamente, a um período histórico marcado pela ausência de organização do poder, extraído da condição do estado de natureza hobbesiana de desconfiança e competitividade, na qual o mais razoável para cada pessoa é atacar a outra, seja para vencê-la ou para evitar uma possível agressão, instaurando-se o *bellum ominia contra omnium* (guerra de todos contra todos).[93]

No estado de natureza, o homem torna-se lobo para o outro homem, em um verdadeiro clima de guerra, barbárie, em que não existe a organização do poder e, por conseguinte, o que resta é o uso da força pela constante luta entre fortes e fracos. Recorda Norberto Bobbio: "[...]

---

[90] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
[91] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
[92] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
[93] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

onde não existe uma lei superior eficaz, não há um critério para distinguir a força lícita da ilícita; a ilícita é sempre a do outro".[94] A ausência de uma figura institucional protecionista dá margem para que os homens lutem entre si, mergulhando-os em um estado beligerante, no qual o mais forte se impõe sobre o mais fraco.

Do uso das mãos ao tacape, da ameaça ou lesão a toda sorte de atos de brutalidade física ou psíquica, o homem sempre se valeu da sua força para alcançar seus propósitos. O emprego da força bruta, comum nos grupos primitivos, foi se sofisticando. Ressalta-se, no entanto, que, contemporaneamente, já com a presença do poder estatal, o meio de tratamento dos conflitos pela autodefesa ou autotutela ainda é permitido, em que pese excepcionalmente, nos casos expressamente previstos em lei, como: na hipótese de legítima defesa na esfera penal, o desforço possessório na seara cível, sem prejuízo de outras circunstâncias legalmente determinadas.[95]

Outra forma de tratamento das controvérsias é compor o conflito sem que a ordem de uma das partes se imponha à outra, mediante uma atitude compositiva unilateral ou bilateral. É nesse momento, então, que se constitui a segunda modalidade de tratamento dos conflitos, chamada de autocomposição (auto, do grego *autòs*, de si próprio, por si mesmo), cujo compromisso entre as partes interessadas se mostra como a forma idônea para captar uma solução mais justa ao problema.

A composição que se realiza entre as próprias pessoas produz um resultado prático e socialmente útil, representado pela concreta atribuição de bens ou pela concreta definição de condutas permitidas ou vedadas – ou seja, conduz ao tratamento do conflito e a consequente pacificação social. A principal característica do meio autocompositivo é que ele se perfaz em uma solução parcial, isto é, o meio concretiza uma medida produzida por decisão dos próprios sujeitos envolvido no conflito, no qual as pessoas chegam a um consenso quanto à existência ou inexistência de um direito de forma direta, mediante a concessão recíproca de direitos ou, de forma indireta, com o auxílio de um terceiro facilitador.[96]

A solução do conflito sem a marca da imperatividade faz com que a boa vontade dos envolvidos seja estimulada de maneira direta, por meio da renúncia e do reconhecimento do

---

[94] BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2009. p. 230.
[95] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
[96] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

pedido, ou seja incentivada pelo modo indireto, por meio das técnicas da conciliação e da mediação.

Descreve Dinamarco que a autocomposição na espécie unilateral está presente nas formas de renúncia ou de submissão, porquanto:

> a) unilateralmente, quem vinha externando alguma exigência (pretensão) renuncia a ela e com isso cessa os fatos de intranquilidade que envolviam ele próprio e o adversário;
> b) unilateralmente, aquele que vinha resistindo à exigência do adversário decide a ela submeter-se reconhecendo o pedido e com isso dá causa ao fim do conflito.[97]

No que tange à autocomposição na sua categoria bilateral, essa pode ocorrer nos modos da transação, da conciliação e da mediação, porquanto:

> a) na primeira forma, pela transação, cada um dos sujeitos, ascendendo na parcial disposição de seus próprios direitos, faz concessões mútuas;
> b) na segunda maneira, pela conciliação, cada um dos sujeitos, induzido por um terceiro (conciliador), chega à composição do problema;
> c) na terceira visão, pela mediação, cada um dos sujeitos, com o auxílio de um terceiro (mediador), mas sem a intercessão e a persuasão deste facilitador, compõe o embate e restaura a paz.[98]

Assim, a prevenção ou o tratamento da controvérsia pelos próprios figurantes se encontram, via de regra, na prática da conciliação e da mediação[99], cujas abordagens possuem como instrumento simbólico o consenso, porque a estabilização dos problemas ocorre por obra dos próprios sujeitos, desde que tais pessoas possam dispor dos direitos objetos do litígio. Não obstante, convém mencionar que, na conciliação e na mediação, os sujeitos são auxiliados por profissionais especializados na facilitação da comunicação e do acordo, e as soluções são criadas (compostas), em sua essência, pelos próprios protagonistas do problema.

De um modo geral, na conciliação, a característica marcante é que a técnica exige a intervenção de um profissional que domine a investigação e a escuta, mas que também seja capaz de, sem forçar a vontade das partes, interferir contundentemente nas controvérsias, apresentando as vantagens e as desvantagens de um possível acordo. A abordagem conciliatória

---

[97] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.
[98] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.
[99] Convém mencionar que, embora não sejam objetos de análise desta pesquisa, existem outros meios que perfazem a forma da autocomposição, tais como: *ombudsman* (administração de litígios administrativos – entre indivíduos e governo); incentivos econômicos (encorajar acordos através de custos do julgamento), ação governamental (representação de direitos difusos); tribunais de vizinhança ou sociais (divergências na comunidade); solução de demandas de consumidores, por meio da comunicação; *rentalsman* (litígios entre inquilinos e proprietários). Tais instrumentos estão destacados na obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

é útil nos conflitos que não envolvem relacionamento anterior entre as pessoas, podendo trabalhar na superficialidade de um acordo que, mesmo não sendo totalmente satisfatório aos envolvidos, evite complicações futuras em que ambas perderão tempo e dinheiro.[100]

Na mediação, o elemento central também está no protagonismo dos envolvidos, que ainda possuem poder decisório sobre todas as questões, embora, nessa versão, a figura do terceiro facilitador (mediador), ao contrário daquela postura do conciliador, não se apresenta com a função ativa na transação, apenas restabelecendo a comunicação até então interrompida pelas pessoas. O mediador, portanto, serve para criar um ambiente de conversa que propicie às pessoas identificarem seus interesses, suas questões e seus sentimentos para que, juntas, consigam encontrar soluções criativas e proveitosas às controvérsias.[101]

No entanto, à medida que as sociedades evoluíram e se tornaram complexas, a parcialidade (uma das características marcantes do meio da autocomposição) trouxe diversas inseguranças aos indivíduos e fundamentou a crença cultural de que a solução dos conflitos deveria ser entregue à pessoa desinteressada, distinta e alheia ao objeto de disputa. Em especial, nesse momento histórico, houve a necessidade de serem criados regramentos para o exercício do poder no interior da sociedade, ou seja, foi indispensável, como lembram Rodrigues e Lamy, institucionalizar o poder e as formas de acesso a ele.[102]

Foi nesse período, então, a partir do surgimento de um contrato social assinado entre a sociedade e o Estado, da criação das regras sociais que passaram a ser institucionalizadas pelo direito, que se originou a terceira forma de tratamento dos conflitos: a heterocomposição. A constituição de um poder comum, acima das partes, requereu a presença de um terceiro ativo, representado pela figura institucional do terceiro imparcial reconhecido no juiz ou árbitro.[103]

Desse modo, o ente político criado para garantir aos cidadãos a entrega de uma solução imparcial dos conflitos é a figura colossal de um homem ou Deus artificial, chamado Leviatã, cuja metáfora representa a figura bíblica, encontrada no livro de Jó como "[...] um animal monstruoso e cruel, mas que de certa forma defende os peixes menores e representa o Estado, um gigante cuja carne é a mesma de todos os que a ele delegarem cuidado de defendê-los"[104].

---

[100] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Habitus: Florianópolis, 2018.
[101] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.
[102] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
[103] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016..
[104] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. São Paulo: Moderna, 1993. p. 241.

Trata-se esse período, portanto, daquele que Bobbio chama de "[...] um estado pacífico, exatamente porque é um estado jurídico e a passagem de um estado ao outro ocorre por um ato jurídico que é o contrato"[105]. A base jurídica, ou o contrato social, passam a assegurar que a vontade das pessoas em resolverem seus próprios conflitos fossem substituídas pela força de um terceiro que determinasse quem supostamente detinha a razão.

A representação do Estado como o corpo em grande escala – homem artificial – implica reconhecer que a única fonte do direito é a vontade do governo, pois, se o Estado passa a ser absoluto em seu poder, a estabilização dos conflitos, antes amparada na autotutela e na autocomposição, é confiada ao terceiro (Estado), que detém a força legítima. Chega-se a um estágio social em que os cidadãos conferem a um ente (Estado), por meio da convenção, substituir a vontade das partes e criar regras para pacificar os anseios sociais, impondo uma decisão que encerre o conflito.[106]

Assim, a função estatal de estabilizar os conflitos, sacralizada pela teoria contratualista, emerge como exercício da soberania por meio da técnica da decisão judicial, cuja função é restabelecer a paz social perturbada pela divergência entre os demandantes.[107] A composição que o outro (terceiro) realiza, pondo fim ao conflito, pode ser feita pela figura abstrata de um ente público do Estado (juiz), ou pode ser realizada a partir de um ente privado, na personificação do árbitro, cujo instrumento simbólico é uma sentença.

Na medida em que o dever e o direito não se realizam pelo espontâneo reconhecimento do obrigado, o titular, impedido de agir por seus próprios meios, pela autotutela, dirigir-se-á ao órgão estatal (Poder Judiciário), a fim de que a ordem jurídica promova sua realização. Contudo, quanto mais se delega a função de decidir o conflito para um terceiro, maior a coercibilidade na decisão e maior a probabilidade de um resultado que beneficie apenas uma parte (ganha x perde).[108]

O Estado, ao exercer o poder e o dever de dizer o direito por meio da chamada função jurisdicional, depende da provocação das pessoas, por meio do exercício público subjetivo do direito de ação, ou seja, depende do agir do cidadão contra o Estado para que esse, após a

---

[105] BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2009. p. 42.
[106] BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2009.
[107] Nessa perspectiva, corrobora: PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
[108] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

realização do devido processo legal e sob a rubrica do processo civil, torne “a coisa” estável e julgada.

Em razão da atividade de tratar os embates ter sido delegada ao Estado, esse incorporou a oferta monopolística de justiça pelo sistema de jurisdição, impondo que nenhuma lesão ou ameaça ao direito seja afastada da sua cognição. A prática de uma justiça é voltada à heterocomposição como objeto hermético do monopólio de um sistema de tratamento dos conflitos institucionalizado pelo Estado, que contribuiu para a valorização cultural da atividade da jurisdição e para o afastamento dos meios autocompositvos.

Portanto, os elementos culturais do tempo (a história) e do espaço (o símbolo) influenciaram, sobremaneira, na formação de cada meio para o tratamento dos conflitos, uma vez que o período histórico, marcado pela autotutela, demonstra que o símbolo dominante se perfez no emprego da força, ao passo que o momento da história, verificada na autocomposição, encontra no consenso entre os envolvidos o signo valorativo do sistema e, por último, o momento histórico da heterocomposição estatal, cujo símbolo dominante é a sentença que já se registra: é a atual herança cultural.

2.4 A COMPOSIÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA ENTENDIDA COMO DE SENTENÇA: A HISTÓRIA DOS SEUS ELEMENTOS E A CARACTERIZAÇÃO DO SEU SÍMBOLO DOMINANTE

A partir da escolha hermenêutica para observação do direito, assumidamente pela “lente” cultural, que ultrapassa os limites do mero exame dogmático e positivista do seu fenômeno, é possível avançar para a compreensão e o aprofundamento das expressões vigentes no Sistema Jurídico de tratamento dos conflitos e que bem se relacionam com os símbolos que o refletem.

A busca das pessoas por uma prática no tratamento dos seus conflitos, por meio da chamada heterocomposição, com a atuação reiterada de um terceiro, levam a deduzir que as motivações que direcionam os comportamentos dos atores jurídicos e dos demais sujeitos são as formas apreendidas, interpretadas e repetidas constantemente de modo histórico e simbólico entre os povos.

A cultura “ocidental” desenvolveu suas próprias instituições, seus valores e seus conceitos, os quais foram sendo transmitidos de geração em geração, por meio dos processos históricos e simbólicos que se transformaram em uma "tradição".

A prolação de uma sentença, desta feita, não carecia da apelação ou intervenção de alguém, porquanto as decisões dos deuses eram justas e verdadeiras. Logo, o direito, concebido como um *corpus juris*, teve sua aplicação confiada a um terceiro – o Estado –, que adquiriu, por força de um contrato social, o monopólico da violência legítima.

A normatividade pré-jurídica da cultura ocidental, além de ser indissociável do mito e da religião, mostrava-se sintonizada com o poder e favorecia o domínio do Estado sobre o indivíduo. Assim, o monopólio da violência legítima exercida pelo Estado sob os seus cidadãos influenciou na formação da cultura jurídica classificada e chamada como "sentença".

Termo empregado pelo jurista brasileiro Kazuo Watanabe, a "cultura da sentença"[109] "cível"[110] significa a preferência entre os cidadãos e entre os próprios juristas pelo tratamento repetitivo dos conflitos por meio do Poder Judiciário, na busca por uma decisão judicial. No entanto, malgrada a expressão "cultura da sentença" seja amplamente mencionada pelos profissionais do direito como a reconhecidamente preferencial do cidadão pelo tratamento dos conflitos de maneira adjudica, fato é que não se tem, ao menos teoricamente, a descrição de quais sejam seus elementos constituintes para que, assim, seja adjetivada e definida.

Desse modo, para fins desta tese, a cultura jurídica interna adquire a qualidade de sentença quando é composta pela soma da história (jurisdição, ação e processo) e do símbolo (sentença).

Especificadamente, a cultura jurídica para o tratamento dos conflitos é classificada como de sentença quando a sua composição é baseada, historicamente, na heterocomposição para o tratamento dos conflitos, cujo sistema é organizado, essencialmente, pelos seguintes elementos:

a) a estrutura da jurisdição contenciosa (aquela em que há lide)[111] e seus escopos;

b) o canal de acesso ao Poder Judiciário pelo exercício do direito de ação;

---

[109] WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

[110] Delimita-se esta tese na análise da cultura da sentença nos conflitos de natureza cível, porquanto os fenômenos históricos e simbólicos que, porventura, influenciam na construção de outras matérias (por exemplo, os conflitos de ordem penal) não serão objetos de estudo desta pesquisa.

[111] Salienta-se que existe a chamada jurisdição voluntária: aquela na qual ocorre um complexo de atividades confiado ao juiz, no qual, ao contrário do que acontece com a jurisdição contenciosa, não há litígio entre os interessados. Desse modo, em razão da jurisdição voluntária consistir em verdadeira atividade administrativa exercida pelo juiz, não se fará a análise dessa classificação nesta tese. Para mais informações sobre o conceito de jurisdição voluntária: SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

c) a garantia pelo instrumento do processo civil e suas características.

Assim, os elementos que compõem e fazem com que a cultura jurídica de um povo seja classificada (tenha a qualidade) de sentença são: reconhecer um meio de tratamento dos conflitos baseado, preferencialmente, na heterocomposição, cuja principal fonte ocorre por meio da jurisdição contenciosa (aquela em que há lide) e cujo instrumento apto para fazer prevalecer a garantia dos direitos é o processo judicial.

Além disso, para que uma cultura jurídica se caracterize como de sentença, não basta que esteja lastreada, historicamente, no meio preferencial da jurisdição contenciosa e tenha como principal instrumento o processo. A cultura precisa, também, estar fundamentada em um sistema de símbolos dominantemente composto por uma sentença, o qual se extrai a partir de:

a) fetichismo crônico pela estrutura do Poder Judiciário e seus rituais, suas vestimentas e sua linguagem (vocabulário);
b) crença na figura do juiz e na decisão adjudicatória;
c) apego às técnicas hermenêuticas do silogismo (lógico dedutivo) e emprego da subsunção do fato à norma;
d) valorização da competição (combate) e do resultado ganha x perde.

Inicia-se a análise da composição de uma cultura jurídica entendida como de sentença a partir do recorte histórico da jurisdição contenciosa e seus escopos, do exercício do direito de ação e da garantia pelo processo judicial.

2.4.1 A história dos elementos: jurisdição contenciosa, ação e o processo judicial cível

Na história da humanidade, quando a sociedade não mais queria viver sob o contexto de guerra de todos contra todos, em que vigorava somente a autotutela, em que o mais forte, com sua força, resolvia se impunha ao mais fraco para solucionar os problemas, ela resolveu assinar, ficticiamente, um contrato social, no qual delegou, para o Estado, tanto o poder quanto o dever de resolver o conflito das pessoas.

Assim, criado o Estado, este passa a substituir a vontade das pessoas em resolverem seus próprios problemas e também a ter o monopólio da força legítima ou da violência legítima já que agora só ele poderá, como regra geral, decidir imperativamente os conflitos. O Estado, por ser um abstrato e intangível, passa a ser representado por um corpo físico que é o do juiz –

aquele terceiro – que está obrigado a decidir a quem supostamente pertence o direito, função chamada de jurisdição.[112]

Entretanto, o magistrado, haja vista a inércia que lhe permeia, não tem como saber sobre o conflito individual de cada pessoa, precisando ser comunicado acerca da necessidade de intervenção judicial. O modo como os cidadãos "avisam" o Estado que estão sofrendo aquilo que percebem como uma lesão ou ameaça de lesão ao direito é o instituto da ação. A ação é desenvolvida por uma relação processual e por várias etapas procedimentais.

Portanto, nascido o conflito, o interessado comunica a sua existência ao Estado por meio do exercício do direito de ação. O Estado, por sua vez, garante que a controvérsia será solucionada por meio da aplicação de um instrumento (o processo civil) e que contém diversas etapas para seu desenvolvimento, consubstanciadas no procedimento. Toda essa atividade de "dizer o direito", que vai desde a comunicação formal pelo exercício do direito subjetivo público da ação até o provimento estatal final com a formação da coisa julgada, é formada pela jurisdição estatal como "justa composição da lide" na percepção de Carnelutti, "atividade substitutiva" na concepção de Chiovenda, ou ainda com escopos do processo, segundo Dinamarco. De todo modo, jurisdição, ação, processo e procedimento são os quatro elementos básicos que ocupam destaque na formação estruturante e na história da heterocomposição estatal como medidas de garantias ao direito de acesso à justiça.

2.4.2 O poder dever de dizer o direito por meio da jurisdição contenciosa e seus escopos

Os homens, pela razão de viverem em um mundo hostil em relação aos seus semelhantes, buscaram reagir, inventando técnicas de sobrevivência por sistemas de regras para reduzir os impulsos agressivos do semelhante. A esse conjunto de ordens vigentes, considerado como a fonte de coação e da obediência de todos, ou, segundo Hans Kelsen, a "[...] ordem jurídica possui o monopólio da coação e o estado moderno representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau"[113] foi ofertado o nome de Estado.

Nesse sentido, ao criarem o Estado, cujo poder é uno e soberano, as pessoas atribuíram ao ente diversas funções. Ao lado da função legislativa para elaborar normas gerais e abstratas

---

[112] Jurisdição é a poder-dever que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. Essa capacidade é conferida ao Estado de forma voluntaria, a fim de que seja encontrado, por meio deste, uma solução justa para a lide. Conceito encontrado em: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

[113] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40-41.

e da função administrativa para executar os atos administrativos, a jurisdição é concebida como uma função do Estado que serve para aplicar a lei no caso concreto e dirimir as controvérsias. Com isso, o titular da força passa a ser o Estado, o ente político que se caracteriza pela detenção do monopólio da violência. Isso significa dizer que a violência de dizer o direito por ele exercida, por meio da jurisdição, é legítima.

Em termos gerais, na medida em que o Estado, vedando de forma significativa a justiça feita com as próprias mãos, retira do indivíduo a possibilidade de buscar por suas próprias forças a solução dos conflitos; assume, em contrapartida, o poder e o dever de solucioná-los por meio de um devido processo legal – uma vez que a perpetuação de pretensões insatisfeitas ou a pendência das demandas constituem fonte de intensa perturbação social.

A própria etimologia do substantivo jurisdição – *jurisdictio*, em latim – já revela seu conteúdo: a palavra é formada pela aglutinação de duas outras: *juris*, significando direito, e *dictio*, expressando o ato de dizer. Nisso consiste a jurisdição em sua essência: dizer o direito, no sentido de identificar a norma objetiva e de fazê-la atuar em uma determinada situação, encerrando, por assim, o conflito levado ao juízo.[114]

Segundo Carnelutti, seguindo a teoria constitutiva ou unitarista do ordenamento jurídico[115], a jurisdição passa a ser compreendida como sendo uma função estatal de "justa"[116] composição de lide. Daí porque, para o autor, sem a lide não haveria, propriamente, a atividade jurisdicional[117], isto é, não se pode reconhecer como válida a classificada da jurisdição em voluntária ou graciosa, tampouco a atividade executiva; porquanto, nessas situações, não existem os conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida.

---

[114] DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

[115] Em oposição à teoria declaratória ou dualista do ordenamento jurídico, coloca-se a teoria constitutiva ou unitarista, adotada, entre outros, por autores como Von Bülow e Kelsen, para quem o direito subjetivo só surge mediante o exercício da atividade jurisdicional. Para mais informações sobre o tema, consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[116] Em posição contrária e crítica a Carnelutti, afirma Ernane Fidélis dos Santos: "[...] afirmar, porém, que o Estado, no franco exercício da função jurisdicional, sempre aplica o direito ao caso em controvérsia, solucionando o litígio, é temeridade, pois nem sempre o direito é aplicado como deveria ser. A sentença injusta existe e é uma realidade processual, em consequência, não se pode incluir no conceito de jurisdição, a justeza, embora seja uma das suas finalidades. Finalidade, porém, que, nem sempre alcançada, não deve figurar nos exatos termos de um conceito. Para que se alcance, portanto, satisfatória definição de jurisdição, deve-se levar em conta apenas seu fim imediato, qual seja, a composição dos litígios, a solução dos casos controvertidos. Litígios, pelo menos, em eventualidade". SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

[117] CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: LEJUS, 2000.

Já para Chiovenda, a partir da teoria declaratória ou dualista do ordenamento[118], a função da jurisdição, como atribuição do Estado, tem por escopo a atuação da vontade objetiva e concreta da lei, mediante a substituição de uma vontade privada por uma atividade pública. Para o referido autor, a jurisdição é entendida como uma atividade substitutiva que ocorre relativamente em dois momentos processuais: sucessão do juiz no momento da cognição e no estágio da execução.[119]

Em uma perspectiva contemporânea e adaptada ao sistema brasileiro, reserva-se à jurisdição não apenas a função de declarar o direito ou de criar a norma individual ao caso concreto, mas como uma expressão do poder do Estado, o que significa que é por meio da jurisdição que devem ser canalizados todos os fins do Estado, em especial o bem comum e a paz social.[120]

Além disso, a jurisdição só faz sentido quando se submete aos princípios constitucionais do acesso à justiça e dos direitos fundamentais. Recorda Marinoni que, diante das transformações da concepção do direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, porque a expressão concreta é que o juiz tem o dever de interpretar a regra processual conforme a Constituição.[121] Seguindo esse entendimento, a jurisdição consiste, segundo os autores Rodrigues e Lamy, no "[...] poder-dever do Estado Juiz de declarar e executar os direitos conforme as pretensões que lhes são formuladas, segundo os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal".[122]

As controvérsias que não são resolvidas pelos próprios envolvidos, seja porque é vedada a solução espontânea, seja porque as pessoas não lograram êxito em um acordo, no Brasil, por exemplo, deverão ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, mediante o exercício da jurisdição. O sentido é extraído da previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que

---

[118] A teoria declaratória ou dualista do ordenamento jurídico afirma que o direito subjetivo já existe antes da atividade jurisdicional, que apenas o declara e confirma. Foram defensores dessa teoria, entre outros, os autores Chiovenda e Liebman. Para mais informações sobre o tema, consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[119] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paola Capitanio. v. I. Campinas: Bookseller, 2000.

[120] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[121] MARINONI, Luiz Guilherme**. A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf. Acesso em: 31 mar. 2018.

[122] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 169.

atribui: nenhuma lesão ou ameaça ao direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário, garantindo o efetivo respeito e cumprimento dos fatos controversos.[123]

Decorrente do monopólio da força legítima do Estado, a jurisdição é, ao mesmo tempo, um poder, um dever, uma atividade e uma função do Estado, exercida tipicamente pelo Poder Judiciário para, substituindo a vontade das partes no tratamento dos seus conflitos, "dizer ou decidir", imparcialmente, e de forma definitiva e imutável, a controvérsia no caso concreto.[124]

A função jurisdicional do Estado é una, e sua unidade decorre do fato de ser uma atribuição fundamental e soberana do Estado exercida por ele em regime de exclusividade, preponderantemente por meio de órgãos judiciais.[125] Isso significa que só o Estado exerce a jurisdição por meio dos órgãos por ele instituídos e que apenas esses órgãos podem prestar o serviço público de justiça. Todavia, para que a atividade jurisdicional do Estado possa desenvolver o seu poder-dever de dirimir os conflitos, ocorre uma pluralidade das atribuições jurisdicionais entre diferentes órgãos, além de serem atribuídas determinadas características, a fim de distingui-la das demais funções do Estado, entre as quais se destacam:[126]

i) inércia: a função do Estado de dizer o direito aplicando a norma no caso concreto, segundo os ditames da Constituição Federal, é inerte, ou seja, apresenta-se imóvel, parada, somente iniciando sua atividade quando houver a provocação do ofendido, mediante o exercício do direito de ação. Até que ocorra a provocação das partes, está proibida, via de regra, a manifestação dos órgãos jurisdicionais, porquanto o exercício espontâneo da atividade acabaria fomentando divergências e inseguranças;

---

[123] Em que pese a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal destacar o "acesso ao Poder Judiciário", convém salientar que o mencionado artigo já foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal no caso histórico MBV X Resil, no qual foi interpretado que, embora se utilize a grafia acesso ao Poder Judiciário, a leitura adequada é "acesso à justiça" no sentido amplo, já que que todo o cidadão tem o direito a acessar à justiça e fazer uso dos mais variados meios de tratamento dos seus conflitos que não apenas aqueles oferecidos pelo Poder Judiciário. Portanto, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não é inafastabilidade do Poder Judicicário, mas princípio de acesso à Justiça, em que os meios alternativos ao Poder Judicário são reconhecidos, desde que respeitada a autonomia da vontade das partes. Para mais informações: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1061_SE-AgR_5.206.pdf_parte_1.pdf. Acesso em 29 set. 2019.

[124] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[125] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

[126] Características e seus respectivos conceitos extraídos dos seguintes autores: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 2015.

ii) inafastabilidade: se a jurisdição é inerte, uma vez provocada, não é crível que se exima do seu dever de julgamento, razão pela qual não se pode colocar limites ao exercício do direito de ação. Quando a jurisdição é instada a se manifestar, há um controle, por consequência, obrigatório na sua atuação;

iii) substitutividade: ao limitar a autotutela, o Estado chamou para si o dever de prestar a jurisdição, substituindo-se à atividade inicial das pessoas. A função jurisdicional do Estado substitui a vontade dos indivíduos na solução dos conflitos;

iv) indelegabilidade: se o Estado, na figura do juiz, substitui a vontade do particular no tratamento dos conflitos, não pode ele delegar o exercício dessa função para nenhuma outra instituição ou pessoa;

v) imperatividade: as decisões do Estado são imperativas, o que significa dizer que são decisões impostas, dotadas de força e que obrigam os sujeitos que a ela se submetem. Afinal, de nada adiantaria o Estado substituir a vontade das pessoas, se não lhes fossem assegurados os meios necessários para o cumprimento das suas decisões judiciais;

vi) definitividade ou indiscutibilidade ou imutabilidade: ao final do exercício da jurisdição, deve o Estado fazer um pronunciamento que adquire, assim, após um tempo, o caráter definitivo de "coisa que se julgou", não mais podendo ser discutida ou modificada. A decisão jurisdicional põe fim à controvérsia e impede que seja, no futuro, novamente suscitada ou trazida para exame, como condição necessária para garantir a segurança das relações jurídicas e a tranquilidade às partes acerca do resultado final.

Considerando tais características, Didier Jr. conclui que jurisdição é uma função atribuída a um "[...] terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão com aptidão para tornar-se indiscutível".[127] No mesmo sentido, Fazzalari explica que o atributo jurisdicional é inserido no provimento dado no fim do exercício do monopólio da função do Estado, porque é por meio desse atributo que o ente realiza o dever de reagir ao ilícito, bem como porque obriga o agente a paralisar a violação do direito.[128]

---

[127] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 95.

[128] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

Dessa forma, a jurisdição é um poder do Estado na medida em que tem o objetivo de fazer atuar a vontade concreta da lei, embora não custe relembrar que, antes de ser um poder do Estado, é também um dever, já que uma das razões de sua existência é a prática do direito nos casos trazidos para juízo e, dessa feita, a jurisdição precisa reunir, no mínimo, as características acima elencadas para alcançar finalidades não puramente jurídicas, mas também escopos sociais e políticos.

A função largamente difundida é de que a jurisdição contenciosa pressupõe os conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida, ou seja, a visão tradicional é de que a jurisdição faz atuar a vontade concreta da lei ou impor à norma de regência ao concreto, em um sentido puramente jurídico e que nada diz acerca da sua utilidade em prol da sociedade. Por isso, autores como Dinamarco defendem que, além do objetivo jurídico (aplicação da norma no caso concreto), a jurisdição valide o escopo social e o político.

No Estado contemporâneo, conforme destaca o mencionado autor, a jurisdição possui, ao lado do objetivo tradicional jurídico (atuação da vontade concreta da lei), o objetivo social (pacificação social com justiça e educação para o exercício de direitos e obrigações) e o valor político (garantia de participação democrática e controle do poder pela sociedade).[129]

Como escopo social fundamental, a jurisdição resguarda a ideia abstrata e geral da pacificação constituindo a síntese do bem comum e da paz, ou seja, a grande razão pela qual ela deve existir e prevalecer é sua função de "[...] pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça".[130] O resultado da atividade jurisdicional tem como fim constituir e projetar a atividade positivada do poder estatal sob o caso concreto, não obstante, antes do fim, tenha como premissa o encaminhamento dos litigantes a uma solução efetiva de pacificação social.

Como escopo político, a jurisdição permeia a ideia de que a participação dos cidadãos no Estado "[...] concorre para estabilidade das instituições e para o exercício da cidadania ativa"[131], na medida em que realça a implementação e o estímulo a certos remédios jurídicos destinados à participação popular.

Se a jurisdição institucionalizada é a expressão do poder e do dever do Estado, nada mais coerente de que, por meio dela, sejam canalizados os próprios fins do Estado que, se diga,

---

[129] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1997.
[130] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 132.
[131] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 134.

não são apenas jurídicos. Além disso, se o pacto social que deu origem ao Estado teve como objetivo garantir a paz social tão obstaculizada frente ao estado primitivo de guerra de todos contra todos, por consequência, a criação do ente visa assegurar, em última instância, o bem comum.

A partir dos fins mais importantes prestados pela jurisdição e, independentemente dos escopos (jurídicos, sociais e políticos) por ela perseguidos, fato é que o exercício da função jurisdicional é uma manifestação do poder do Estado, sobretudo a aplicação do direito a situações concretas que lhe são submetidas. Todavia, é certo que o Estado, enquanto tal, é um mero ente sem razão ou existência física nem psíquica, ou seja, não tem capacidade para manifestar suas vontades, sendo necessário criar uma organização que seja capaz de exprimir a sua vontade de realizar as atividades necessárias à consecução dos seus finais. Para fazer face à tarefa que lhe incumbe de administrar a justiça, o Estado necessita organizar um serviço público e colocá-lo à disposição dos cidadãos.

Para exercer o "poder jurisdicional" e aplicar, por consequência, a 'justiça", o Estado depende de uma estrutura de órgãos, em especial de vários juízes, juízos e tribunais, cada qual ordenador e efetivamente exercido segundo a classificação e o agrupamento dos conflitos concretos. O Poder Judiciário é justamente essa organização do Estado pré-ordenada ao exercício da função jurisdicional, pois é "[...] composto por um conjunto de elementos pessoais e materiais inter-relacionados que combinam seus esforços e outros tipos de recursos para assegurar o desempenho da função jurisdicional do Estado".[132]

A função precípua do Poder Judiciário, decorrente da sua própria destinação constitucional, é assegurar a aplicação do direito objetivo, exercendo como atividade precípua[133] a jurisdicional. A organização e a competência jurisdicional se encontram previstas nas Constituições Federais de cada país que adota a heterocomposição como método de tratamento dos conflitos, sendo, no Brasil, composto por um organograma de órgãos cujas definições dependem da matéria, da hierarquia, da função, do foro ou território e do valor da causa.

O Poder Judiciário é inerte e, como tal, fica à disposição dos interessados para, quando provocado, cumprir os escopos jurídicos, sociais e políticos da tutela jurisdicional. No entanto,

---

[132] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
[133] Convém destacar que, além da função precípua da jurisdição, ao Poder Judiciário cumpre também exercer determinadas funções secundárias de natureza anômalos, como as administrativas ou de autogoverno, para o exercício dos seus próprios serviços. Sobre as funções atípicas do Poder Judiciário, consultar: SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

para atuar, o Poder Judiciário precisa ser informado pelos particulares de que estão experimentando alguma lesão ou ameaça ao direito, e o modo como o cidadão faz para acessar à justiça e provocar a atividade do Poder Judiciário é exercendo o direito público e subjetivo de agir (ação).

2.4.3 O canal (vetor) de acesso ao Poder Judiciário pelo exercício do direito de ação

Para cumprir a tarefa da tutela jurisdicional, o Estado utiliza estrutura própria consistente no Poder Judiciário, o qual fica à disposição dos interessados para, quando provocado, exercer a mencionada atividade. A provocação do Poder Judiciário depende do exercício da ação, que é objetivamente conceituada como um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental de exigir a prestação jurisdicional por parte do Estado.

A natureza jurídica da ação foi objeto de incontáveis debates históricos, destacando-se, basicamente, cinco teorias: teoria civilista ou imanentista, defendida por Friedrich Carl Von Savigny; teoria da ação como direito abstrato, devida ao alemão Heinrich Degenkolb e ao húngaro Alexander Plósz; teoria da ação como direito concreto, desenvolvida por Adolph Wach; teoria da ação como direito potestativo, extraída da crítica feita por Giuseppe Chiovenda a Adolph Wach; e, por fim, a teoria eclética, proposta por Enrico Tullio Liebman, essa adotada pelo sistema processual brasileiro.[134]

Durante o período conhecido como sincretismo processual, na vigência das teorias civilistas ou imanentistas, a ação era compreendida como o próprio direito material. A *actio* era vista sob uma perspectiva privada, dirigida a uma parte contrária, e não se distinguia o direito processual do direito material. A ação dessa feita nada mais era do que pedir em juízo aquilo que lhe é devido.[135]

A teoria civilista foi defendida pelo jurista Friedrich Carl Von Savigny, que enaltecia a visão privada da *actio*. Era também conhecida por imanentista pelo fato de considerar a ação imanente ao direito material, negando sua autonomia, de modo que não se falava em ação sem direito ameaçado ou violado.[136] Da complexa e extensa polêmica travada entre os dois

---

[134] Debate históricos entre as cinco teorias encontrado na seguinte obra: SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
[135] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
[136] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

romanistas, a alteração substancial para o processo foi a compreensão – de ambos – que a ação tem caráter público, sendo um poder exercido frente ao Estado para prestação da tutela jurídica.

Superando as teorias civilistas, foram desenvolvidas as chamadas teorias autonomistas, que consideravam a ação um direito autônomo, desvinculado, portanto, do direito material. O caráter abstrato se dava, especificamente, pelo fato de não haver necessidade de existir efetivamente o direito material, bastando que fosse afirmado pelo autor.[137]

Para a teoria da ação como direito abstrato, a ação preexiste ao próprio processo e se traduz no direito – inerente à própria personalidade – de provocar a atuação do Estado-juiz. A ação terá sido exercida, ainda que a sentença seja improcedente ou parcialmente procedente, pois não está vinculada a uma decisão favorável.

Posteriormente, dando continuidade à concepção de processo como relação jurídica pública autônoma de Oscar Von Büllow, Adolph Wach, em sua monografia "ação declaratória", defende que a ação é um direito autônomo, mas concreto, ou seja, a ação somente existiria quando fosse possível uma sentença favorável, surgindo, assim, a chamada teoria da ação como direito concreto.

O problema desse entendimento residia no fato de que, embora distintos (autônomos), o direito de ação estaria condicionado ao direito subjetivo material, isto é, somente seria titular do direito de ação aquele que tivesse, efetivamente, um direito material (não necessariamente ameaçado ou violado, podendo ser uma simples ação declaratória negativa), o que não justificava a jurisdição movimentada na hipótese de sentença improcedente.

O processo brasileiro, contudo, foi fortemente influenciado pela teoria eclética proposta por Enrico Tullio Liebman, na segunda metade do século XX, que buscou harmonizar as teorias da ação concreta, material e privada de Piero Calamandrei com a pública, abstrata e processual defendida por Francesco Carnelutti.[138]

---

[137] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
[138] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Com Liebman é que nascem as chamadas condições da ação[139], que nada mais são do que requisitos para a própria existência do direito de ação, de forma que a ausência de qualquer um deles impede a análise do mérito (carência de ação).[140]

Já em uma perspectiva contemporânea, a ação é um direito público, pois pertence a todos; um direito subjetivo, na medida em que cada pessoa tem os seus direitos e busca a efetiva e respectiva proteção; autônoma, porquanto não é vinculada ou condicionada ao direito material; abstrata, uma vez que preexiste ao processo, não exigindo lesão ou ameaça a direito; e instrumental, pelo fato de servir como meio para a proteção dos direitos materiais.[141]

Com a proposta de Liebman, os calorosos debates sobre a natureza jurídica da ação se deslocaram para as chamadas "condições da ação", que passaram a ser o centro das discussões. O ponto que apresenta maior divergência doutrinária reside na discussão se as condições da ação são requisitos necessários para a própria existência do direito de ação ou condições para o seu exercício.

Sem entrar na polêmica e partindo da teoria eclética, as condições da ação se dividem em três institutos: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade *ad causam* (legitimidade para a causa) consiste no "jargão" de que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei (legitimidade extraordinária). Isso quer dizer, em princípio, conforme elucidam Marinoni e Arenhart, que somente tem legitimidade ordinária para causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, bem como apenas pode ser réu aquele que tem a obrigação correspondente ao direito material.[142]

A legitimidade ordinária para a causa se refere à titularidade do direito de ação, na qualidade legal que o sujeito possui de invocar a tutela jurisdicional, não significando, necessariamente, a titularidade do direito material, o que divide o instituto em legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária. A primeira é aquela em que o titular do direito de ação também é o titular do direito material a ser protegido – o que ocorre com maior frequência –,

---

[139] Convém mencionar que o atual Código de Processo Civil não mais explicita a terminologia "condições da ação", embora permaneça presente a ideia de que, para postular em juízo (propor uma ação), é necessário ter interesse e legitimidade, conforme seu art. 17. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.
[140] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[141] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[142] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

enquanto na legitimidade extraordinária, conhecida como substituição processual, o sujeito titular do direito de ação não é o titular do direito material, ou seja, defende interesses alheios, desde que permitido pelo ordenamento jurídico.[143]

O interesse de agir, denominando ainda como interesse processual, traduz-se no binômio necessidade/utilidade e adequação. Segundo Marinoni e Arenhart, a parte tem "necessidade" quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz, e é "adequado" quando a providência jurisdicional é capaz de remediar a situação narrada na fundação do pedido.[144]

O processo deve ser o único meio para a proteção do direito material (necessidade), deve proporcionar algum proveito ao autor (utilidade), bem como deve ser escolhida a via processual correta para a obtenção do provimento jurisdicional (adequação), essa última que tem sido relativizada pela jurisprudência, admitindo-se a conversão do procedimento incorreto àquele devido.

Já a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à legalidade do pedido, ou seja, um pedido apenas será considerado juridicamente possível se não houver vedação legal. Não poderia, a título exemplificativo, o autor de um crime de furto ingressar em juízo solicitando a restituição a ele próprio da *res furtiva*. Como esclarecem Marinoni e Arenhart, se determinado pedido é excluído do ordenamento jurídico, não existe sequer a possibilidade de alguém exigir sua realização no plano do direito material.[145]

Convém destacar que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 2015), o legislador deslocou os institutos da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir para os denominados "pressupostos processuais" (juízo de admissibilidade da ação), bem como transferiu a possibilidade jurídica do pedido à análise de mérito, de forma que parte da doutrina defende a ideia de extinção das condições da ação, embora seus elementos tenham sido mantidos.

A ação ainda é classificada de acordo com sua eficácia, ou seja, segundo a natureza do provimento jurisdicional pretendido. Existem apenas cinco cargas de eficácia da ação, conhecidas como "classificação quinária" do autor Pontes de Miranda: declaratórias (positivas

---

[143] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[144] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
[145] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

e negativas), constitutivas (positivas e negativas), condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*.[146]

Por fim, ainda extraindo os conceitos trazidos pela teoria eclética, são três os elementos que identificam a ação: as partes, o pedido e a causa de pedir. As partes são, objetivamente, definidas como sendo o autor e o réu da relação jurídica processual. É importante compreender que o conceito formal de parte não se confunde com a titularidade do direito material. É perfeitamente possível que a parte autora no processo não seja necessariamente a titular do direito material tutelado, como ocorre com os chamados substitutos processuais.[147]

De igual forma, não se pode confundir substituição processual com sucessão processual, essa que é a mera substituição dos sujeitos do processo, e com representação processual, consubstanciada na capacidade de estar em juízo, isto é, na necessidade de uma representação processual para defesa de interesse alheio, como no caso da mãe com o filho menor de 18 anos (incapaz).

A causa de pedir se traduz na fundamentação fática e jurídica da pretensão do autor. Partindo da premissa que o juiz é ignorante – no sentido técnico da palavra –, cumpre ao autor levar a conhecimento do Poder Judiciário o fato que fundamenta seu pedido e os fundamentos jurídicos. Considera-se preponderante na causa de pedir a narrativa fática, tendo em vista que o juiz é conhecedor do Sistema Jurídico, conforme a máxima do *narra mihi factum, dabo tibi jus*. Por fim, o pedido é o que delimitará a pretensão do autor. É ele quem impõe as "quatro linhas" (os limites) da sentença, que deve manter estrita correlação com o pedido, sob pena de ensejar as denominadas sentenças *ultra petita*, *citra petita* ou *extra petita*.[148]

---

[146] As ações declaratórias são aquelas que possuem como objeto a declaração de existência (positiva) ou inexistência (negativa) de uma relação jurídica, como, por exemplo, a ação de investigação de paternidade. É certo que toda a ação possui, no mínimo, uma eficácia declaratória, mas não se pode dizer que toda ação é meramente declaratória. Já as ações constitutivas têm como finalidade buscar um provimento jurisdicional para a criação, modificação ou extinção da relação jurídica. Diz-se que uma ação é constitutiva positiva quando cria uma relação jurídica e constitutiva negativa (ou desconstitutiva) quando a extingue. Quando o provimento jurisdicional que se busca é a exigência de cumprimento de uma prestação por outrem, diz-se que a ação possui eficácia condenatória, gerando, dessa feita, um título executivo. Por sua vez, as ações mandamentais são aquelas nas quais se pretende que seja determinado o cumprimento de uma ordem judicial, obrigando determinada pessoa que faça ou deixe de fazer alguma coisa, sob pena de sofrer medidas coercitivas. Considerando que as ações condenatórias não possuem eficácia de alterar, por si só, a esfera jurídica do patrimônio, surgem as denominadas ações executivas *lato sensu*, que têm o condão de forçar o cumprimento de uma ordem judicial, sem a necessidade de um novo processo. Classificação e os respectivos conceitos retirados de: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[147] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[148] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Do exposto, conclusivo que, para o cidadão usufruir da "justiça", ele depende de comunicar ao Estado, por meio da ação, que está sofrendo uma ameaça, uma lesão ou que não houve cumprimento voluntário por parte do obrigado. Todavia, não basta o cidadão comunicar que sofre com um conflito, isto é, precisa também comprovar que sua ação compartilha dos três elementos básicos: as partes (quem e contra quem deseja a reparação), a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos que emprestam legalidade ao pedido) e os pedidos (a tutela mediata e imediata) do bem da vida, bem como que preenche as "condições" mínimas de admissibilidade (legitimidade, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido).

O direito à adequada, tempestiva e efetiva tutela jurisdicional depende do exercício da ação por partes comprovadamente legítimas, interessadas e com pedidos admitidos no Sistema Jurídico, sem os quais o sujeito até pode ter a ofensa a seu direito, porém não terá aceitos os argumentos trazidos em sua defesa. Isso é relevante para a definição da cultura da sentença, pois ela só existe a partir do momento que o indivíduo propõe uma ação e nela delimita sua legitimidade, seu interesse e seu pedido. Tudo o que está fora do conceito de ação (interesses, sentimentos, emoções, terceiros alheios ao conflito, problemas de comunicação, entre outros) não interessa para o Sistema Jurídico de tratamento dos conflitos, baseado na cultura da sentença e mais: sem essas condições, o sujeito se faz "carente" para discutir e solucionar seu problema.

A presença do conceito de ação, suas condições e seus elementos revela que o conflito, em uma cultura da sentença, apenas é percebido e administrado quando o interessado demonstra as regras formais do processo, independentemente da realidade material que o circunda. Há um sistema de racionalização tecnocrática da justiça, no qual o modelo procedimental não comporta flexibilidade, ao contrário: valida um ritual de formalismo, tradicionalismo e rigidez que opera no âmbito de uma crença comum de que o preenchimento dos elementos da ação é capaz de solucionar a controvérsia.

Das condições e dos pressupostos da ação, emergem o ritual e a legitimação da cultura da sentença, em uma perspectiva diametralmente oposta do modo como a cultura do consenso trata as controvérsias, pois requisitos de formalidades abrem espaço a tudo aquilo que circunda o conflito, como um efeito "terapêutico" na relação entre os indivíduos. Não precisar satisfazer requisitos legais para expor um problema favorece a autonomia individual e ainda é capaz de externalizar os reais interesses das partes.

2.4.4 O processo civil como instrumento da jurisdição e as suas normas fundamentais principiológicas

A jurisdição é a exteriorização do poder-dever do Estado de aplicar a norma ao caso concreto para alcançar escopos sociais, jurídicos e políticos em prol da sociedade, sendo concretizada na estrutura material do Poder Judiciário e exercida na figura física do terceiro devidamente instituído do poder: o juiz. Desse modo, uma vez provocada a jurisdição por meio da prática do agir (ação), a forma como será desenvolvido e garantido o encerramento das controvérsias se dá por meio da imposição de regras e normas fundamentais princípio-lógicas do instrumento denominado processo judicial. Em outras palavras, processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce seu poder e seu dever de jurisdição.

A etimologia da palavra processo é extraída do latim pelo verbo *procedere* (*processus*) e significa avançar, caminhar em direção a um fim. Logo, toda noção de processo que não é exclusiva da ciência jurídica[149] "[...] envolve a ideia de temporalidade, isto é, de desenvolvimento de um ponto inicial até atingir o fim desejado".[150] O processo indica a ação de ir para frente (caminhar e se desenvolver) para alcançar o fim almejado e, nesse aspecto, o processo para o Sistema Jurídico se refere a uma relação ou um conjunto sequencial e particular de pequenas ações para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e à realização dos direitos.

Rodrigues e Lamy explicam que processo é o instrumento de que se serve o "[...] Estado para, tanto no exercício da sua função jurisdicional quanto fora dela, com a participação das partes e obedecendo ao procedimento, eliminar os conflitos de interesses, solucionando-os [...]".[151] Em uma mesma perspectiva, Dinamarco indica que processo é um "[...] conjunto de princípios e normas destinadas a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal".[152]

Assim, o processo judicial é um instrumento, um método, uma abordagem jurídica que segue um caminhar para frente no exercício da jurisdição para o tratamento de pretensões

---

[149] Outras ciências também usufruem da noção de processo como, por exemplo, a química: quanto ao processo de transformação da matéria; a biologia: com o estudo do processo acerca do aparelho digestivo; a física: com o entendimento sobre os processos mecânicos.
[150] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.
[151] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 187.
[152] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

materiais (substanciais) conflituosas de natureza civil ou penal. Ressalte-se que, em essência, o direito processual formal ou instrumental é um só, porquanto a função jurisdicional é única a qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso, comum a todos os ramos. No entanto, questões de ordem prática levam os legisladores a agruparem as normas processuais em códigos especializados, segundo a natureza das regras aplicáveis. Nesse sentido, o processo, quando aplicado à órbita civilista, se torna um "[...] ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil, de direito comercial e até as de direito público não penal".[153]

O processo de natureza cível, enquanto objeto de investigação científica, é estudado segundo diversas fases metodológicas de desenvolvimento. A classificação ou as fases metodológicas são feitas apenas por uma questão de didática e doutrinária, não se podendo precisar, exatamente, qual foi o marco (a data) na história para sua vigência ou para seu início. No entanto, pode-se afirmar que são quatro as etapas metodológicas[154] que buscam entender o desenvolvimento da ciência processual, cujo objeto de estudo é o processo:

i) primeiro período, ocorrido basicamente na época antiga ou no período medieval, é a fase chamada de sincretismo ou praxismo jurídico: ainda não existia uma diferenciação entre o direito material; aquilo que a pessoa deseja (o bem da vida ou o conflito), do direito processual; a forma de operacionalização desse direito (o modo como a pessoa solicita ao Estado o bem da vida). O que havia, naquela época, era a fusão, ou seja, um sincretismo entre o direito material e o direito processual. O processo civil não era visto como uma ciência autônoma, pois, para existir processo, era indispensável a existência do direito material alegado. Nessa fase, confundiam o direito material (as normas de direito civil) com o direito processual (as normas processuais), firmando-se o processo como adjetivo da substância (matéria), isto é, dependente da relação jurídica material entre os envolvidos;
ii) segundo período, durante a época moderna chamada de fase do autonomismo (conceitualismo, processualismo ou cientificismo): nesta etapa, o processo, que até então não era visto, tampouco estudado como ciência autônoma, passou a ser.

---

[153] BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1973. p. 26.
[154] Os conceitos das fases ou as etapas metodológicas foram retirados da seguinte obra: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Costuma-se atribuir à vertente autônoma do processo a partir de uma data, precisamente o ano de 1868, e da obra chamada "Teoria dos pressupostos processuais", do autor Oscar Bullow, na qual demonstra que o processo não se confundiria com o direito material alegado em juízo. Isso porque, no processo, cria-se uma relação jurídica entre as pessoas e o Estado, que é a relação jurídico-processual, diversa daquela relação jurídica entre as pessoas em si – que é a relação jurídico-material. Disso decorre a consequência de que é possível existir a relação processual e não ter direito material alegado, como nos casos, por exemplo, em que o juiz julga improcedente o pedido (houve o exercício do processo civil, mesmo que a pessoa não tenha o direito material alegado).[155] O processo civil, portanto, deixa de ser confundido com o simples exercício do direito privado e passa a ser visto como uma relação com o Estado, logo, uma relação pública, processual e que independe do direito que se alega possuir. No entanto, se o processo civil representa uma relação autônoma, ele precisa ter pressupostos e institutos diversos do direito material, razão pela qual passa a ser estudado apenas como uma técnica jurídica (aplicação da norma), sem apresentar importância para as pessoas que dele dependem ou buscam;

iii) terceiro período, experimentado na atualidade, é chamado de fase do instrumentalismo: o processo civil, embora já reconhecido como ciência autônoma e detentora de requisitos processuais, deixa de ser um fim em si; uma mera técnica para aplicação da norma e passa a ter objetivos além de si (escopo jurídico), que não apenas a aplicação da lei no caso concreto, por exemplo: o escopo social de garantia do bem comum e da paz social e o escopo político para firmar a autoridade do Estado e a liberdade das pessoas;

iv) quarto período, também experimentado na atualidade, chamado de neoprocessualismo: autores como Didier Jr., Rodrigues e Lamy defendem que, atualmente, o processo ultrapassa a fase do instrumentalismo, porque possui natureza pública e base constitucional, não podendo ser estudado nem compreendido fora de uma perspectiva que não tenha por base os direitos fundamentais. Nesse aspecto, o processo civil deve ser compreendido à luz não apenas do alcance dos seus escopos

[155] Os conceitos das fases ou etapas metodológicas foram retirados da seguinte obra: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

> sociais, políticos e jurídicos, mas também a partir da constitucionalização dos direitos.

Todas essas fases metodológicas buscam explicar o desenvolvimento histórico da ciência processual como responsável pelo estudo do processo judicial cível. Enquanto objeto de investigação científica, o direito processual é instrumental em face do direito substancial, visto que constitui, precisamente, o instrumento para a tutela do direito material e com esse não se confunde, ou seja, o "[...] direito substancial cível constitui a matéria sobre a qual versa a atividade jurisdicional disciplinada pelo direito processual civil"[156]. Além disto, a ciência processual possui objetivos sociais, políticos e jurídicos de grande importância para os usuários da justiça, facultando-lhes a participação e o controle da atividade estatal, sempre com vistas à constitucionalização dos direitos, em especial os direitos de natureza fundamental.

Independentemente das mencionadas fases da ciência processual que buscam compreender o desenvolvimento do processo civil como objeto científico, o conceito de processo civil pode ser entendido sob perspectiva variada e a partir de três vieses: como um método para criação de normas jurídicas; como um ato jurídico complexo (procedimento); como uma relação jurídica.[157]

Como poder de criação de normas jurídicas (normativo), o processo civil representa a produção de normas pela jurisdição na medida em que o Estado, ao "dizer o direito", por meio do instrumento do processo, interpreta e cria uma norma para o caso concreto, podendo essa norma servir de referências para casos no futuro, como as normas criadas pela jurisprudência, súmulas e precedentes.[158]

Já o processo entendido como ato jurídico complexo significa que ele representa a "[...] sequência de normas, atos e posições subjetivas da estrutura procedimental e pelos habilitados a participarem, cuja esfera jurídica é destinada a desenvolver efeitos em contraditório".[159] Trata-se do processo da reunião de vários atos concatenados entre si; é a soma de pequenos e cariados atos individuais, que vão desde a petição inicial, despacho para citação, audiência, respostas,

---

[156] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19.
[157] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.
[158] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.
[159] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 114.

alegações finais e sentença, ou seja, são vários atos organizados que seguem uma ordem e que formam um ato maior: o processo.

Dessa feita, a estrutura do processo civil conota a dialética do procedimento contraditório. Marcado pela característica da paridade das posições, o processo desenvolve-se pelo procedimento contraditório, porém apenas existe quando uma fase do *iter* de formação é contemplada com a participação não apenas do autor, mas também dos demais destinatários: o réu e o juiz.

No processo civil, são necessárias posições jurídicas diversas e combativas entre os participantes, realizadas por meio do contraditório, para se alcançar o resultado prático, sem que se acolha ou alivie, via de regra, o sofrimento humano. O processo judicial, naqueles casos em que não utilizado apenas para satisfação ou vingança pessoal dos envolvidos, serve para alcançar decisão jurídica envolta de coisa julgada, mas cujo resultado, no plano fático, pode não satisfazer ou ser útil ao tratamento das questões, interesses e sentimentos dos participantes, porque ele trabalha somente com a "verdade formal e construída", segundo as provas acostadas nos autos.

Por último, o processo civil também pode ser entendido como relação jurídica processual complexa (mais de um ato) que se estabelece em uma dimensão temporal e progressiva entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça, entre outros).[160]

A relação conflituosa entre as pessoas diz respeito à matéria (ao pedido) que as une (liga), mas, quando as pessoas resolvem submeter suas controvérsias à apreciação do Poder Judiciário, elas criam uma nova relação, agora não mais com a outra parte, e sim com o Estado, em uma relação que passa a ser de natureza pública e processual. A representação gráfica e piramidal da relação processual até pouco tempo, precisamente até o ano de 2015, no Sistema Jurídico brasileiro, era triangularizada (juiz se posicionava acima das partes em uma relação desigual). No entanto, a modificação no Código de Processo Civil brasileiro instituiu a modalidade de relação processual cooperativa e angular entre os sujeitos, impondo que todos precisam colaborar entre si para que se chegue à efetiva satisfação do mérito (pedido).

É fundamental destacar, no entanto, que por mais que o vigente Código de Processo Civil brasileiro destaque que a relação processual entre todos os sujeitos seja de natureza cooperativa, não é ela cooperativa de natureza "substancial", mas sim puramente "processual",

---

[160] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

alicerçada, sobretudo, em deveres do juiz (dever de consulta, esclarecimento e correção). A cooperação processual em nada se confunde com a cooperação material, que é estimulada nos equivalentes jurisdicionais, principalmente no instituto da mediação de conflitos, na qual os participantes colaboram para transacionarem aspectos materiais, e não processuais.

Desse modo, para fins desta tese, o termo processo civil serve tanto para designar o ato processual quanto a relação jurídica que dele emerge. Porquanto, é importante destacar que o processo judicial é um instrumento (método) para o exercício da jurisdição que abarca a figura central do magistrado e das partes como coadjuvantes de uma relação processual, e que se orienta para primazia do julgamento do mérito com a cessação do conflito, e a segurança jurídica por meio dos pronunciamentos judiciais classificados como sentença.

O processo civil, para alcançar o que se propõe – caminhar para frente mediante a evolução de pequenos atos procedimentais para alcançar a decisão do caso concreto –, deve observar e respeitar a imposição de diversas normas fundamentais principiológicas que terão o condão de orientar a participação dos cidadãos.

A existência de um processo civil, para que qualquer pessoa seja julgada e condenada na privatização de seus bens, deve ocorrer de acordo com os princípios e as garantias materializadas em normas infraconstitucionais e constitucionais. A ideia central na relação entre o processo civil e as normas fundamentais principiológicas, que podem ser encontradas tanto no Código quanto na Constituição, está na "[...] necessidade de preservar os valores do Estado Democrático de Direito e garantir o adequado, efetivo e célere acesso à justiça".[161]

Como recorda Barroso, o "[...] ponto de partida de todo intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais que são o conjunto de normas que espelham a constituição, seus postulados básicos e seus fins".[162] Dessa forma, os princípios são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos essenciais que devem reger determinado Sistema Jurídico.

Nessa perspectiva, o acesso à justiça, em seu sentido amplo (garantia de acesso a todos os meios adequados de tratamento de conflitos), nas palavras de Rodrigues e Lamy, destaca-se como um "metaprincípio constitucional"[163], na medida em que assegura o direito do cidadão de obter uma pronta e efetiva resposta de tratamento aos seus problemas, independentemente da

---

[161] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 200.
[162] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.
[163] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 205.

estrutura que está assegurando (podendo ser a organização do Poder Judiciário ou o arranjo de instituições extrajudiciais).

A par disso, a tutela constitucional e infraconstitucional do processo apresenta como pilares essenciais[164], sem prejuízo de outros, os seguintes preceitos:

i) devido processo legal: derivado do direito anglo saxão (*due process of law*), significa que o ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei (legalidade) e assegurar todas as garantias constitucionais. Nesse sentido, destaca Bueno que "[...] os termos e [as] condições que a lei prescreve são meios protetores que garantem a plenitude da acusação e da defesa"[165], razão pela qual qualquer processo no qual a parte esteja litigando, seja como autora ou como ré, deve, necessariamente, ocorrer em conformidade com as previsões legais e as garantias constitucionais. Por meio desse princípio, é assegurado que, para um indivíduo sofrer uma alteração no seu patrimônio (em termos de processo civil) ou uma privação em sua liberdade (no caso de pretensão criminal), é indispensável um prévio processo justo, sendo justo exatamente quando feito com base naquilo que a lei determina. Ainda segundo Didier Jr., o devido processo legal está associado a duas noções, dividindo-se em: devido processo legal formal (processual), que diz respeito à própria tutela processual, ou seja, ao conjunto de garantias processuais mínimas, como o contraditório, o juiz natural, a duração razoável do processo, entre outras. E o devido processo legal substancial, que se traduz na ideia de que as leis e as decisões devem obediência tanto aos princípios quanto às regras inseridas na Constituição, sobretudo quanto às máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.[166] Nesse sentido, por meio do devido processo legal, evita-se procedimentos e conteúdos evidentemente arbitrários da exigência estatal, na medida em que seja na elaboração das normas ou no conteúdo decisório há de se observar o coeficiente de razoabilidade, ou seja, todas as normas emanadas

---

[164] Por questão de recorte metodológico, serão apresentados apenas os princípios que respaldam esta tese, no sentido da indispensabilidade de atuação no Poder Judiciário quando se está presente na cultura da sentença, bem como os princípios nos quais seja possível se fazer uma comparação (diferenciação) com aqueles encontrados na cultura do consenso, em especial na prática da mediação de conflitos.

[165] BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 228.

[166] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.

do Poder Público (leis ou sentenças) devem ajustar-se a cláusula da legalidade, sob pena de atividade legislativa e jurisdicional abusiva;

ii) contraditório e ampla defesa: decorrentes do devido processo legal, os princípios do contraditório e da ampla defesa se apresentam como princípios procedimentais e reflexos da estrutura de participação democrática no processo. Embora, via de regra, as legislações os tratem sob vértice do mesmo dispositivo legal, ambos os princípios não se confundem. De modo geral, o contraditório significa a possibilidade de contradizer as alegações e provas apresentadas pela outra parte, ao passo que a ampla defesa se refere à produção de provas. Tendo em vista que, no sistema processual, prevalece o princípio da inércia da jurisdição, mediante a qual a atividade jurisdicional depende da provocação do interessado, a oportunidade de as partes participarem pedindo, alegando e provando se constitui na dupla principiológica do contraditório e da ampla defesa. Segundo Dinamarco, a carga processual se resolve no "pedir-alegar e provar"[167], razão pela qual a participação das partes é conduzida mediante a reação aos atos que lhe sejam desfavoráveis mediante o exercício do contraditório e é efetividade com a produção das provas mediante a formação da ampla defesa. O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação e ciência) e possibilidade de influência na decisão. Segundo Didier Jr., a dimensão formal do contraditório significa a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado e de falar nos autos; já a dimensão substancial do contraditório, trata-se do poder de influência da parte no processo. Afinal, não basta participar: devem ser garantidas as condições de poder influenciar a decisão do magistrado.[168] No tocante à ampla defesa, o princípio se perfaz no direito fundamental de ambas as partes utilizarem os meios adequados para exercer o contraditório, produzindo as provas necessárias. Destaca Didier Jr. que o mencionado princípio corresponde à parte poder utilizar de todos os meios de provas moralmente e licitamente admitidos em direito para contrariar a parte adversária.[169] Nesse sentido, a alegação de determinado fato e a sua correspondente contradição

---

[167] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 222.
[168] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.
[169] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.

somente serão plenamente alcançadas se forem possibilitadas às partes as condições mínimas para produção das provas;

iii) juiz natural: decorrente da cláusula do devido processo legal, o princípio do juiz natural resulta da proibição da criação de juízos ou tribunais de exceção, bem como da determinação de que ninguém será processado e julgado senão pela autoridade competente. Quanto ao conteúdo do mencionado princípio, o autor Luigi Ferrajoli explica abordando que ele significa três pontos diferentes, porém conexos: "[...] necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído pós o fato; impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências e a proibição de juízos extraordinários".[170] Por outras palavras, juiz natural é o magistrado competente de acordo com as regras gerais e abstratas. Significa que o magistrado precisa ser o sujeito natural para aquela causa, isto é, deve ser anterior ao fato que irá ao julgamento, não podendo ser criado, excepcionalmente, um tribunal para análise do conflito. Além disso, as partes não podem escolher o juiz que fará a análise da controvérsia, devendo o magistrado ser imparcial (critérios impessoais) e ser competente dentro de determinado espaço territorial. Cada caso controvertido deve ser apreciado e julgado por um único órgão jurisdicional, de modo a que tão somente um entre tantos seja o competente para o ato. O juiz natural, também designado, segundo Coutinho, de "juiz legal" é aquele que "[...] tem competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado, excluindo todos os demais, evitando-se, desse modo, manipulações indesejáveis (produtoras de uma desordem intragável em um Estado Democrático de Direito".[171] Serve o mencionado princípio como garantia da competência de um magistrado previamente estabelecido pela lei para que não se vilipendie as regras constitucionais. Assim, seja "[...] natural como querem os franceses, entre outros ou legal como querem os alemães, entre outros, ambos são adjetivos de um juiz já possuidor de jurisdição, ou seja, de Poder decorrente de fonte constitucional"[172]. Portanto, o princípio do juiz natural ou vedação à criação dos tribunais de exceção significa que a causa (o conflito) deve ser apreciada por um juiz

---

[170] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria geral do garantismo penal. São Paulo: Revista do Tribunal, 2002. p. 472.
[171] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 168.
[172] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 168.

que já exista no momento do litígio, que ele seja competente para tal e que, ao longo do processo, não se beneficie, tampouco prejudique alguém, mantendo-se imparcial;

iv) motivação ou fundamentação das decisões judiciais: na concepção natural do termo, todo pronunciamento judicial deverá carregar em seu bojo a vontade dirigida e manifestável, ou seja, entre a demanda e a sentença que a recebe deve existir uma relação de correspondência, notadamente denominada, segundo Chiovenda, "[...] efeitos substanciais da demanda judicial"[173]. Isso porque, chegando ao final do processo, o juiz dará uma decisão, a qual é imprescindível que seja toda fundamentada, ou seja, explicada e motivada ponto a ponto. Nesse aspecto, toda decisão deve apresentar, de forma clara e precisa, as razões de fato e de direito que nortearam a conclusão adotada pelo julgado, sob pena de nulidade. Explica Bulo que, para uma decisão ser motivada, não basta a simples e pura menção do texto legal, dos documentos ou a transcrição dos argumentos dos advogados: é imprescindível que haja compatibilização entre a mensagem do julgador e todos os elementos dos autos, inclusive aqueles que foram rechaçadas, devendo ser explicitado o porquê da sua não utilização.[174] Há de existir um entrelaçamento sistêmico entre os fatos e as provas colhidas com os argumentos adotados na sentença, para que a fundamentação esteja qualificada como verdadeira segurança jurídica aos jurisdicionados. Sem fundamentação jurídica, não se tem como saber o sentido do julgamento, e o sentido é importante porque ele dá transparência à atividade de julgar, permitindo o controle e o recurso.

v) publicidade dos atos: o dever de divulgação dos atos públicos implica sua transparência, ou seja, as informações quanto aos atos processuais e seus conteúdos hão de ser, como regra, de livre acesso dos indivíduos. A publicidade processual, na sua dimensão interna, é focada amplamente para as partes, e, na sua dimensão externa, é vinculada a terceiros, somente podendo ser restringida nos casos de defesa da intimidade ou quando o interesse social o exigirem. Por isso, Fredie Didier Jr. defende que o princípio da publicidade gera o direito fundamental da proibição de condutas sigilosas e atos secretos para "[...] proteger as partes contra juízos arbitrários, secretos, parciais e dependentes", bem como permitir o "controle da

---

[173] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 198.
[174] BULO, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

> opinião" pública sobre os serviços da justiça[175]. Em todo esse jogo processual, os jogadores (cidadãos) têm o direito de tomar consciência jurídica do que está ocorrendo para, então, poder fiscalizar os atos e as próprias decisões. A regra, portanto, opera pela ampla publicidade dos atos processuais, ou seja, qualquer pessoa pode ter acesso aos autos do processo ou assistir a um julgamento, só ficando os autos do processo restritos às partes e aos seus advogados naqueles casos de segredo de justiça (preservação da intimidade ou interesse social).

O processo civil, portanto, se apresenta como um instrumento da jurisdição, dependente da provocação e do exercício do direito de ação e das garantias das normas fundamentais principiológicas para o fim de se aparentar como um mecanismo "válido e justo culturalmente", cuja relação processual depende do ato último de vontade: a sentença como expressão máxima da função jurisdicional do Estado.

2.4.5 A relação processual em contraditório, as regras do devido processo legal e a sentença como expressão da função estatal de solucionar o litígio

A dinâmica social confirma a carga imperativa presente no discurso teórico de Aristóteles, quando, em sua obra "Política", definiu que o "[...] homem é, por natureza, um animal social"[176]. Nessa senda, a necessidade de manter relações intersubjetivas no bojo da sociedade civil revela que a sociabilidade é uma característica inerente à condição humana. Contudo, dessa interação surgem fenômenos de subordinação e dominação, componentes essenciais do estado de natureza hobbesiano; de guerra de todos contra todos. Isso porque, nas formas de relacionamento humano, segundo Coelho, as pessoas se encontram em posições antagônicas, porém com o escopo de disputar o mesmo bem limitado, surgindo, assim, o que se denomina como conflito.[177]

Com efeito, se não existissem relações entre os indivíduos, os conflitos não emergiriam e, por consequência, dispensável à normatividade para disciplinar o comportamento humano. Assim, notas incontroversas do direito são o seu caráter humano e social, porque ele existe em

---

[175] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 98.
[176] ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução, introdução e notas: Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997. p. 15.
[177] COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

razão dos homens que se relacionam entre si, o que pressupõe que nunca existiu sociedade sem direito.

Em consonância, o brocado em latim "*ubi societas ibi ius*" ("onde há sociedade há direito") demonstra que o fenômeno jurídico, embora polissêmico do ponto de vista terminológico, também se torna produto de uma realidade complexa e dinâmica que é a vida social, na conjectura de que "ele é enquanto vai sendo".[178] Daí porque direito, sociedade e cultura são conceitos intrínsecos, na perspectiva de que a ordem jurídica impõe sob a comunidade sua função coordenadora.

No entanto, não se oblitere que direito não representa apenas os fatos, tampouco a norma, pois compreende a junção dos elementos fato, norma e valor culturais. Além disso, a incidência do Sistema Jurídico não afasta a manifestação dos conflitos sociais, pois o simples comando legal não é suficiente para eliminar o multifacetado conjunto de interesses sociais.

No tocante à função estatal de solucionar os litígios, esse exercício poderá ocorrer por mais de um modelo, sendo que a atividade mérito deste tópico compreende a conceituada jurisdição contenciosa. Dessa forma, a organização estrutural da sociedade delegou ao Estado, com fulcro na clássica separação dos poderes elaborada por Montesquieu, além do exercício legislativo e administrativo, o monopólio da função jurisdicional.[179]

Partindo desse pressuposto, a legitimidade do poder-dever de julgar, avocado pelo Estado, é prestada mediante a imparcialidade de órgãos públicos, em verdadeira substituição à vontade das partes, em uma série de atos que se interligam. Para decidir, imperativamente, sobre a lide posta em juízo, lembra Fidélis dos Santos que o "[...] autor pede, o juiz ouve a outra parte, colhe as provas e decide. A prestação jurisdicional é realizada, portanto, através, de um processo".[180]

O método estatal para cumprir sua função jurisdicional se perfectibiliza na relação processual. Todavia, como no bojo da jurisdição prevalece o princípio da inércia dos órgãos julgadores, a busca de proteção ao direito supostamente violado far-se-á pelo exercício público subjetivo conceituado como ação. O direito de ação corresponde a um agir contra o Estado, em razão da sua posição de titular do poder jurisdicional. Assim, proposta a demanda, e, desde que essa apresente na elucubração linguística de Liebman (as "condições" ou os "pressupostos" da

---

[178] LYRA, Roberto Filho. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 12.
[179] SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[180] SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

ação), despontará a relação jurídica processual, distinta do plano material, tendo como base a tríade autor, juiz e réu.[181]

Após a realização do *due processo of law* (devido processo legal), terá o magistrado, sob a rubrica da fundamentação, que exercer a função jurisdicional e pronunciar a decisão judicial. O motivo, informa Pontes de Miranda, reside no argumento de que a "[...] sentença é a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão, ou decidir quanto a aplicação do direito".[182]

Logo, com o escopo de exaurir de maneira definitiva a função estatal de exaurir a demanda, bem como garantir segurança ao conteúdo decisório, *mister* que os pronunciamentos sejam assegurados pela imutabilidade, ou de maneira sinônima, revistam-se pela autoridade da coisa julgada.

Perceptível, portanto, que íntimos e indissociáveis são os vínculos entre a função do Estado em solucionar o litígio e a imutabilidade das decisões, já que não se compreende a jurisdição sem a garantia da coisa julgada, visto que essa é uma qualidade específica do ato jurisdicional.

Conforme mencionado, a função estatal de solucionar o litígio tem como paradigma axiológico o processo, o qual proporciona a entrega estável da prestação jurisdicional segundo a técnica de um "comando", denominado, em sentido *lato*, como decisão judicial. Dessa feita, de acordo com o Didier, Oliveira e Braga, o magistrado pratica atos para decidir a causa litigiosa ou tão somente impulsionar o processo, sendo que o "[...] pronunciamento judicial que tem conteúdo decisório se apresenta sistematizado em duas espécies: decisões proferidas pelo juiz singular e por um órgão colegiado".[183]

Nesse sentido, embora ambas as decisões possam sofrer a imposição do manto da coisa julgada, o destaque, nesta pesquisa, fica por conta da espécie prolatada pelo juiz singular, reconhecida como ato decisório por excelência, intitulada como sentença. A sentença exaure a instância ou primeiro grau de jurisdição, oferecendo a composição da lide posta *sub iudice*.

Todavia, apenas a inserção desse ato decisório no arcabouço jurídico não é suficiente para garantir sua validade. Isso porque é fundamental que a "[...] decisão judicial seja

---

[181] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[182] MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998. P. 180.
[183] DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2007. P. 220.

estruturada em padrões logicamente definidos e siga certos procedimentos predeterminados".[184] Não se pode, à vista disto, desconhecer que a técnica sentencial impõe que, independentemente do modo pelo qual o julgador haja formado seu convencimento, deverá ele apresentar os seguintes elementos estruturais: relatório, fundamentação e dispositivo.

Embora esse método silogístico apresente os motivos da sentença, esses devem ser considerados tão somente para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão, já que apenas seu comando final se tornará imutável, e não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar as decisões.

Assim, o ato de julgar compreende a forma silogística, motivo pelo qual a sentença deve manter estreita correspondência com a pretensão formulada. Por tal razão, os efeitos e a eficácia sentenciais em muito decorrem da espécie de "ação proposta"[185], de maneira que a decisão está intrinsecamente amarrada aos pedidos formulados pelas partes. Tendo isso em consideração, a sentença declarativa entrega uma tutela a quem pediu sem, no entanto, querer "exigir", a constitutiva altera a perspectiva jurídica, a condenatória é, no fundo, reprobatória, a mandamental se perfaz no verbo mandar e, por fim, a executiva retira o que está no patrimônio do demandado e o põe no demandante.[186] Há de se notar, portanto, que tais efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos determinam a própria classificação da sentença em função do pedido formulado pelo autor.

Em síntese, o magistrado, ao prolatar a sentença, individualizando a lei e aplicando-a ao caso concreto, determina a relação da norma julgada e o pedido que, se for de procedência, declara o direito intrínseco à espécie. Assim, a busca pela segurança jurídica é perfectibilizada na sentença e na autoridade da coisa julgada, conforme se desenvolverá na próxima seção.

2.4.6 A busca pela segurança jurídica por meio da sentença e da coisa julgada

Cada sentença contém determinada eficácia preponderante, porém com cargas menores de outros efeitos. Tais diferenciações permitem entender onde melhor se assenta a coisa julgada. A parte substancial da doutrina também inclui a coisa julgada entre (ou mais um dos) efeitos da sentença, ao passo que Liebman se opunha porque, em sua visão, a coisa julgada não seria um

---

[184] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 34.
[185] É conveniente entender que as ações são classificadas segundo a corrente quinária, ensinada por Pontes de Miranda em seu tratado das ações, consistentes em: declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 131.
[186] MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998.

efeito, mas sim uma "[...] qualidade, um atributo da sentença e dos seus efeitos, precisamente a imutabilidade daquele e destes"[187] a alcançar aquilo que prepondera na decisão; sua eficácia, e não apenas seus efeitos, já que esses poderão ser diversos.

Independentemente de a coisa julgada ser definida como um efeito ou uma qualidade da sentença, fato é que a busca pela segurança jurídica se dá por meio da formação desse fenômeno processual. Ainda que o conceito de coisa julgada não seja válido para todos os povos e tempos, devido à absoluta dinâmica do direito, convém ponderar que, para a ciência processual, a coisa julgada constitui elemento garantidor da estabilidade protetora à resolução da contenda. Está a coisa julgada, portanto, conectada à concepção de encerramento do processo e de imutabilidade daquilo que se tenha decidido, ou seja, expressa a certeza e a segurança no gozo dos bens da vida.

Sopesado o seu termo, a locução coisa julgada é proveniente da expressão latina *res judicata* e, como o próprio nome está a indicar, a palavra "julgada" constitui o particípio passado do verbo julgar, dizendo respeito a algo que já foi julgado.[188] A ideia é tornar o que foi decidido imutável e indiscutível, evitando que o mesmo objeto de uma lide seja julgado mais de uma vez e, ainda, que surjam decisões antagônicas.[189]

Exposto o significado da elocução, torna-se mais complacente perceber que o algo que já foi julgado corresponde à coisa, ou seja, ao bem ou à relação sobre a qual as partes litigaram em juízo depois de estar a demanda solucionada pela sentença. Esse bem (relação jurídica) tanto poderá perfectibilizar-se em uma "coisa" quanto em um "direito" ou na dicção de, em suma, a um "bem da vida".[190]

Chiovenda esclarece que o bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*), depois que o juiz reconhecer ou desconhecer com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, deve converter-se em coisa julgada (*res iudicata*).[191] O bem da vida posto em juízo será solucionado pelo magistrado após esse, necessariamente, examinar os fatos – afinal, o direito é pronunciado em conformidade com a narração fática. A partir daí, acolherá como verdade formal uma das versões apresentadas ou comporá um meio-termo, sendo que a solução que disso resultar suportará a estabilidade na dimensão da coisa julgada.

---

[187] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 95.
[188] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
[189] BRANDÃO, Fabrício dos Reis. **Coisa julgada**. São Paulo: MP, 2005.
[190] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 192.
[191] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

Portanto, na medida em que determinada contenda é solucionada pelo Poder Judiciário em favor de um dos jurisdicionados, a nova situação jurídica deverá sacramentar-se pela indiscutibilidade e definitividade. Do contrário, mal encerrado o processo, as partes restabeleceriam as divergências e, indefinidamente, voltariam a litigar.

Por esse parâmetro, conforme já estabelecido nesta seção, o Estado lançou mão do que se convencionou denominar como autoridade da coisa julgada: instrumento com o fito puramente prático de evitar a perpetuação dos conflitos. Ou, por via reflexa, visa garantir aos cidadãos uma certeza no pronunciamento prolatado pelo órgão público.

Nesse âmbito, essa construção coopera para infirmar a assertiva de que a coisa julgada nasce com o fim último de garantir segurança jurídica à decisão judicial estatal. Logo, a pretexto de garantir-se o mencionado preceito jurídico é que se convencionou imunizar a coisa julgada de modificabilidades, ou seja, cristalizou-se um dogma perene no tocante a esse instituto.

Afinal, de nada adiantaria a criação de um órgão estatal que impusesse o cumprimento dos seus pronunciamentos, se suas decisões não adquirissem um grau de estabilidade. Logo, a antítese desagregadora do direito necessitava garantir aos litigantes uma segurança, em homenagem à certeza de ter-se realizado o devido processo legal e o exaurimento do litígio.

Surge assim, desse contexto, um valor antropológico denominado segurança jurídica, a fim de neutralizar os conflitos sociais que consistem, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício e cumprimento e, ainda, na previsibilidade dos efeitos do comportamento pessoal.[192] Como foi dito, a segurança e a certeza são elementos contidos na ideia do direito e indispensáveis à paz social. Por isso, no viés dessa principiologia, encontra-se a garantia ao jurisdicionado de que determinada situação de direito não será modificada.

Dessa maneira, a viga de sustentabilidade de qualquer Estado democrático de direito encrava-se nessa simbologia, razão pela qual tal preceito se mostra como a "chave" de todo o sistema normativo, determinando um caminho a ser seguido pelo intérprete na tomada do julgamento.[193]

Nesse diapasão, o princípio da segurança jurídica é da essência de qualquer Estado que se diga de direito, não se perfazendo em um simples instrumento de retórica jurídica, mas sim consistindo-se no reforço à estabilidade das decisões, tendo em vista que impede o surgimento de incertezas e garante a pacificação social.

---

[192] AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
[193] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Com propriedade, Rocha explica que a segurança jurídica se articula com a garantia de "tranquilidade" que os cidadãos tanto almejam, pois confere certeza de que as relações do presente e, até mesmo, do passado não serão alteradas imprevisivelmente.[194]

Denota-se que a segurança está pautada na bifurcação entre a estabilidade das decisões, no propósito que não podem ser alteradas senão quando existirem fundamentos legalmente relevantes e na previsibilidade dos efeitos dos atos processuais. Logo, se ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o direito se constituirá como paradoxo até no fator de insegurança.

Nessa tessitura, à míngua de brotarem inquietações no âmago da sistemática jurídica, o Estado proporciona a segurança jurídica por meio do instrumento da coisa julgada. O fundamento para proteção das decisões judiciais por intermédio desse modelo se justifica pelo argumento de que não adiantaria advogar pelo acesso à justiça, sem dar ao cidadão o direito de ter seu conflito solucionado definitivamente, sob pena de gerar insegurança.

É bem verdade, portanto, que o mencionado preceito avulta de solidez o Sistema Jurídico, haja vista que acrescem de qualidade e credibilidade os atos estatais. Com essa política de invulnerabilidade do patrimônio de bens jurídicos já julgados, renasce a confiança do "cidadão filho em relação ao pai estatal", em uma ótica de exaurir definitivamente a demanda.

2.4.7 A autoridade do Estado: a composição da lide pela imposição da sentença com *status* de imutável e indiscutível

Restou consignado no bojo desta pesquisa que, quando as pessoas demonstram ser incapazes de resolver suas próprias diferenças, vivenciando o estado de conflito, emergirá ao interessado a faculdade de exercer o direito de ação e instaurar o processo, a fim de que o órgão jurisdicional decida pela procedência ou improcedência do pedido, pondo fim à pretensão resistida.

Os litigantes, naturalmente, malgrado o dissentimento que os conduz ao conflito judicial, guardam o objetivo comum de sagrarem-se vencedores, cenário que advirá mediante a prolação da sentença. Todavia, como o inconformismo está impregnado na anatomia humana e, em razão do ordenamento jurídico adotar o sistema do duplo grau de jurisdição, é possível

---

[194] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

que haja a interposição de recursos para que a decisão seja reexaminada e modificada por um órgão superior, ou poderá a parte manter-se inerte, sujeitando-se ao conteúdo sentencial.

No entanto, enquanto apresentar-se recorrível, a sentença não alcançou o *statu*s de firmeza e não produziu seus efeitos regulares, tampouco o Estado traduziu a vontade da lei à relação jurídica deduzida em juízo. Nesse sentido, até o momento da análise do recurso ou a espera pelo esgotamento do lapso temporal para a sua interposição, a decisão está sujeita a alterações, o que pressupõe que ainda não foi ofertada uma solução definitiva para o caso concreto.

Ocorre que esse cenário não pode perdurar *ad aeternum*, chegando a um estágio em que não mais serão cabíveis recursos ou, devido ao decurso do tempo (intempestividade), ocorrerá o trânsito em julgado da sentença, ou seja, tornar-se-ão firmes e estáveis os efeitos daquela.

Ademais, imprescindível que a decisão do órgão jurisdicional, após esgotados os meios oportunos de impugnação, revista-se de autoridade, no sentido de que seja imposta ao vencido a despeito de sua recalcitrância em se conformar com a solução alvitrada, não se tolerando sua modificação. Por isso, a partir do trânsito em julgado, em sentido paralelo, incide o fenômeno da coisa julgada.

Sem o argumento da autoridade definitiva, o Estado não alcançaria a segurança jurídica prometida aos litigantes, pois a sentença precisa, em determinado momento, tornar-se imutável e indiscutível como autoridade do Estado no mister de fazer atuar a vontade da lei na pacificação do litígio.

Dessa feita, a coisa julgada está umbilicalmente ligada à sentença: fim do processo. Isso ocorre porque é exatamente depois que a sentença tenha sido prolatada e que não mais possua recursos cabíveis permite-se ao Estado compor a lide de maneira indiscutível e imutável. Diz-se, então, que a coisa julgada se refere ao caso em que a prestação jurisdicional foi satisfeita e que, dando solução definitiva ao litígio, estabeleceu de modo aparentemente[195] imutável e intangível o direito perseguido por um dos demandantes.

Portanto, há de se notar que a coisa julgada está enlaçada a dois aspectos fundamentais: imutabilidade e indiscutibilidade. Nesse ínterim, a imutabilidade consiste na proibição de propor ação idêntica à outra já decidida por sentença revestida da autoridade da coisa julgada. Ou seja, trata-se de um impedimento em alterar judicialmente uma sentença estabilizada, a fim de que essa permaneça regulando os fatos indefinidamente. Por um raciocínio contrário e

---

[195] Diga-se, aparentemente, visto que existem hipóteses de flexibilização da imutabilidade da coisa julgada com medidas processuais especificadas para cumprir tal escopo.

lógico, a indiscutibilidade operará de modo transverso, na medida em que a proibição repercute na impossibilidade de discutir judicialmente uma sentença estável.

Cinge-se, portanto, que em face da estatalidade do ato sentencial e da opção política de estabilizar as relações jurídicas, surge o discurso da autoridade da coisa julgada que se perfaz no binômio imutabilidade e indiscutibilidade, facetas essas que simbolizam o ritualismo do engessamento processual, para que, em nome do poder estatal, promovam, com segurança, a composição do litígio.

2.5 CARACTERIZAÇÃO DO SÍMBOLO DOMINANTE DA SENTENÇA: A CRENÇA E A CONFIANÇA NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO, NA FIGURA DO MAGISTRADO, NO APEGO AO FORMALISMO TÉCNICO E NA VALORIZAÇÃO DO COMBATE

Os litigantes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão e a resistência, submetendo ao poder estatal a função de solucionar a lide por meio do instrumento processual. Em resposta ao desabafo litigioso, o Estado criou a função estatal de solucionar o litígio composta por: direito subjetivo do cidadão de postular a ação (seja como autor ou como réu); estrutura do processo civil que garante o exercício do direito de ação por meio dos diversos procedimentos (sequências de atos) e das regras do devido processo legal. Com isso, o Estado, como forma representativa da sua vontade soberana, dita a solução por meio de um pronunciamento judicial (sentença) e a ele confere estabilidade.

Decorre daí que a função estatal de resolver a lide tem que, obrigatoriamente, assumir uma autoridade e impor uma definitividade ao seu pronunciamento, pois o litígio jamais se encerraria se fosse possível, a qualquer tempo, alterar o teor das decisões. Sob esse ângulo e da maneira como a órbita jurídica construiu os elementos pertinentes à coisa julgada, bem como da suprema importância ofertada à segurança jurídica, o cidadão é levado a deduzir, como consequência, que a *res judicata* se apresenta tal como um dogma jurídico. O discurso da intangibilidade serve para validar o princípio da segurança jurídica que a coisa julgada se propõe a defender. Por tal razão, o dogma de intocabilidade se reveste, *a priori*, de um caráter absolutista.

Estes são, basicamente, os elementos históricos que compõem parcela de uma cultura da sentença: o direito ao exercício da ação; o instrumento do processo civil; as regras processuais; a sentença; a autoridade da coisa julgada e, por fim, a segurança jurídica.

Ultrapassado os mencionados elementos históricos, segue-se, nesta seção, à análise do elemento simbólico, qual seja: o que compõe e o que exterioriza, propriamente, essa sentença.

A sentença é composta e exteriorizada por um bloco de cultura: a chamada crença e a confiança na estrutura do Poder Judiciário e, na figura do magistrado, nas técnicas do formalismo e do silogismo e no vínculo competitivo entre as pessoas. Além disso, no desenvolvimento do processo alastrado, ao final, na sentença, há uma instigação à linguagem competitiva: da valorização do combate entre as pessoas e do resultado ganha x perde. Essas características levam a crer que a cultura jurídica tradicional de tratamento dos conflitos desenvolvida durante o processo e encerrada com o prêmio na sentença é uma abordagem inapropriada. Todavia, o enfoque tradicional deve ser utilizado quando outros métodos de tratamento dos conflitos já foram aplicados e não surtiram efeitos; quando não há uma atmosfera favorável à negociação ou quando a própria natureza do direito não permite a transação; em situações de emergência, quando são necessárias ações rápidas e decisivas.

2.5.1 Em busca dos direitos prometidos constitucionalmente: a valorização do Poder Judiciário pelos cidadãos

A informação inicial repassada nesta tese é que existe um movimento dialético entre a cultura e o direito perfazendo a qualidade da cultura jurídica do tratamento dos conflitos como dependente da construção da história e de um símbolo dominante. A cultura, em especial a cultura jurídica, pode ser interpretada pela antropologia cultural como sendo o resultado da composição do bloco cultural (crenças e valores) escolhido pelos cidadãos que a compõe.

Assim, o bloco cultural abrange, em compartimentos que se interligam, dois segmentos diferentes: as crenças e os valores. As crenças são entendidas como as relações de confiança que uma pessoa tem com outras pessoas ou com as instituições. Já os valores são as percepções de importância atribuídas por uma personalidade à outra pessoa ou às instituições.[196] Percebe-se, nesse sentido, que a diferença entre crenças e valores decorre da seguinte divisão: "[...] na crença, o que determina a relação é a confiança (oriunda da fé, de um sentimento ou de um motivo racional), já no valor, o que determina a relação é a importância atribuída (decorrente de um sentimento ou um motivo racional) ".[197]

---

[196] LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
[197] PASOLD, Luiz Cesar. **Personalidade e comunicação**. São Paulo: Chiado, 2017. p. 25.

Transpondo o conceito de bloco cultural para o Sistema Jurídico, pode-se afirmar que há uma crença, precisamente, um nexo de confiança do cidadão em relação à estrutura do Poder Judiciário[198], seus rituais, suas vestimentas, sua linguagem e seu representante, que é o juiz. Ademais, os cidadãos também conferem um valor, atribuem uma importância demasiada ao Poder Judiciário e ao representante da magistratura.

A transformação na estrutura do Estado, passando pelo *status* liberal, social e democrático, conduz e confirma o agigantamento da função judicial. Esse fetichismo crônico do cidadão em busca do Poder Judiciário pode ser explicado seguindo a trajetória histórica das "ondas" evolutivas de acesso à justiça propostas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth.[199]

Os autores discorrem que as "ondas" de acesso à justiça correspondem às fases históricas de evoluções pelas quais o Estado passou e que, por consequência, influenciaram nas etapas de acesso à justiça. O que se propõe, nesta seção, é que por meio dessas "ondas" de acesso também é possível observar a evolução histórica que culminou na sacralização (confiança e importância) do Poder Judiciário.

O Estado liberal, considerado politicamente como um ente com interferência mínima na sociedade e na seara econômica, foi marcado pela "[...] vigência do princípio da igualdade formal, adoção da teoria da divisão dos poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia das liberdades individuais".[200]

Dessa ideologia liberal-burguesa, explica Wolkmer, que se reconheceu, no homem, o valor absoluto e o centro de todas as coisas, transformando-o de súdito em cidadão livre, facultando-lhe, assim, uma maior liberdade positiva e, ainda, foram assegurados aos cidadãos alguns mínimos direitos fundamentais.[201]

Assim é que, em decorrência dessa postura "passiva" de um Estado garantidor apenas da primeira dimensão dos direitos, é que o seu *longa manus*, o Poder Judiciário, também adotou

---

[198] Segundo o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, entre maio e junho de 2017, o Poder Judiciário desfruta 29% da confiança da população, estando atrás de outras instituições, como: Forças Armadas (59%), Igreja Católica (57%), imprensa escrita (37%), Ministério Público (36%), grandes empresas (34%) e emissoras de TV (33%). FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

[199] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

[200] SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

[201] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. *In*: LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

uma postura minimalista baseada na proteção judicial para solução dos conflitos, isto é, seu objetivo era apenas servir como um órgão garantidor da liberdade de atuação dos indivíduos e da subordinação dos cidadãos aos poderes públicos e às leis.

Logo, ao Poder Judiciário cumpria apenas a função puramente técnica de prestar um "serviço de caridade", como um favor concedido aos mais pobres, exclusivamente no campo do exercício do direito de ação e de defesa, cuja passividade resultava em apenas declarar o conteúdo da lei. Entendido dessa forma, a atuação jurisdicional voltava-se para apurar a (suposta) violação ao direito material, bem como para questões relativas à análise do direito do autor e ao conteúdo da defesa do réu, acreditando-se que isso, por si, bastava para distribuir a "justiça" entre os cidadãos.

No entanto, o modelo individualista de liberalismo, centrado na figura do Leviatã, porque descompromissado com o aspecto social e agravado pela submissão dos trabalhadores às condições desumanas, trouxe graves impasses, entre eles: a necessidade de infraestrutura básica, moradia, saúde, saneamento, colocando, assim, o Estado em uma incômoda posição de dificuldade e na inevitabilidade em rever sua postura liberal.

Disso surgiu, então, o atributo social para o Estado, cuja formação serviu para corrigir o individualismo liberal e para assegurar o bem-estar ao cidadão. Naturalmente, o Estado social se convencionou também chamá-lo de Estado de bem-estar social, na medida em que sua função era garantir as prestações positivas configuradas não apenas na primeira, mas também na segunda dimensão do direito, outrora invisível na primeira fase estatal.

Nessa fase, o Estado deixa de ser apenas um ente soberano para, também, ser um ente realizador da igualdade material e da justiça social. Explica Wolkmer que há um processo de reestruturação da sociedade, não se negando os valores básicos do liberalismo: liberdade, propriedade e segurança, mas ao contrário, tornando-os efetivos com os direitos sociais, culturais e econômicos fundados no ideal de igualdade.[202]

Se o Estado social visava tornar concreto os direitos e os deveres dos cidadãos, a consequência foi a reestruturação do Poder Judiciário para que se tornasse atuante não apenas na declaração formal da lei, mas também na projeção do seu conteúdo material. Por isso, a instituição judicial passou a ser repensada em atributos menos apegados ao formalismo e com mais valorização do caráter social.

---

[202] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. *In*: LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Foi nesse momento, inclusive, que a função jurisdicional assumiu:

i) os escopos para além dos contornos jurídicos, como os objetivos sociais e os políticos;
ii) o reconhecimento de que as técnicas processuais também deveriam servir às funções sociais, já que os tribunais não eram a única fonte de estabilização dos conflitos;
iii) a tendência de se adotarem os meios alternativos (que não apenas a abordagem do processo civil) para o tratamento dos conflitos.[203]

No entanto, em razão da própria evolução social e econômica das sociedades, o modelo de Estado social atravessou uma crise de legitimidade, derivando dela a necessidade de democratizar novos papéis para o exercício das funções estatais. Com o fim de corrigir as falhas deixadas pelo Estado social, surge, conforme nomenclatura de José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado democrático de direito.[204] E se diz democrático de direito, porque visa assegurar, entre outras nuances:

i) a constitucionalização da terceira dimensão de direitos em escala individual e coletiva;
ii) a justiça social como mecanismo de correção das desigualdades;
iii) a legalidade, a segurança jurídica e a certeza como pontes de articulação com uma sociedade justa.

Pondera Wolkmer que a conexão entre a fase liberal e a social faz surgir o *plus* democrático enquanto síntese das funções anteriores, acrescentando-se, ainda, a nota caracterizadora da proteção de "novos" direitos que seguem uma visão (cosmovisão) fraternal. Foi nesse momento "pós-social" que as Constituições foram erigidas à máxima hierarquia, abrindo espaços para as transformações políticas, sociais e econômicas e ainda incluindo, no seu rol prestacional, as reivindicações de novos direitos.

Por conseguinte, a constitucionalização dos "novos" direitos instigou a procura do cidadão pelo *status* judicial. Isso porque, ao Poder Judiciário, foi atribuído, por vias inversas, um papel político e paradoxal dentro da democracia. As Constituições, ao positivarem as conquistas políticas e sociais, conferiram ao Poder Judiciário a tarefa extremada de que, quando

---

[203] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
[204] CANOTILHO José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

falharem as demais funções estatais (legislativa e executiva), cumpriria ao papel jurisdicional dar substancialidade ao texto constitucional.

Assim é que, após o período do pós-Segunda Guerra Mundial, o chamado constitucionalismo moderno trouxe consigo a judicialização do direito ou a politização da justiça e, com isso, uma crescente institucionalização do direito na vida social, passando a função jurisdicional a ocupar espaços até pouco tempo a ela inacessíveis, além de solidificar o Poder Judiciário como o verdadeiro protagonista das decisões buscadas pelos cidadãos e ratificadas constitucionalmente.

Segundo Vianna, foi nessa etapa histórica que se alastrou o fenômeno da judicialização do direito ou politização da justiça, cujos conceitos empregados, segundo a ordem política e social, são variados academicamente. Porém, para fins desta tese, estabelece-se o conceito de judicialização do direito ou politização da justiça como sendo a "[...] propagação da ação do Poder Judiciário quanto o crescimento da quantidade de processos nos tribunais"[205] ou, ainda, a "[...] difusão da arena decisória judicial e/ou na adoção de mecanismos judiciais em arenas de deliberação política"[206].

O conceito expõe que a judicialização ocorre toda vez que há um aumento da intervenção do Poder Judiciário – seja em qualquer dos vieses que envolvam questões de ordem pública, política ou social –, instando o órgão judicial a se manifestar sobre questões até então não escaladas para o seu perfil jurídico.

A expansão da judicialização do direito ou da politização da justiça, potencializada em razão da massificação das relações sociais e da tutela de direitos difusos e coletivos, fez com que houvesse uma interferência cada vez mais presente do Poder Judiciário na vida social dos cidadãos. Como detentor da última fala na interpretação do direito, o Poder Judiciário arrogou-se na condição de superpoder, sobrepondo, assim, aos demais, inclusive no empenho de suas atribuições. É que, como guardião, suas atribuições foram definidas pelas decisões do constituinte e, por isso, sendo preciso, deve opor-se à atuação dos demais poderes para fazer prevalecer a originalidade do texto, conforme a vontade soberana do povo.[207]

---

[205] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 78.

[206] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 78.

[207] SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra. **Judiciário como guardião da Constituição**: democracia ou guardiania? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Acontece que a invasão da política no direito, sob a perspectiva normativa do eixo teórico procedimentalista[208], cujo principal representante é Antoine Garapon, não é observada positivamente, porque entende que o fenômeno enfraquece a cidadania ativa à medida que agiganta a soberania estatal do Poder Judiciário e faz perder, por consequência, a soberania popular, tornando os cidadãos reféns de um paternalismo, potencializando a dependência da sociedade em relação ao Estado provedor.[209]

Daí porque se infere que o Poder Judiciário herdado do constitucionalismo moderno é um espaço contraditório: ao mesmo tempo que é um elemento indispensável em uma democracia, deixa transparecer que seus integrantes são formados por uma linha positivista, de inspiração liberal (formalista e conservadora) e cujo resultado é uma caricatura de jurista estilo "técnico", restrito à esfera jurídica, alheio ao contexto social, aos problemas "mundanos" e que não perquire sobre as suas consequências na vida cotidiana.

Embora o Poder Judiciário se apresente para os cidadãos como um modelo de sistema judicial a serviço do homem, independente, autônomo, signo da neutralidade ideológica, sua discursividade de tratamento dos conflitos, por meio de uma decisão adjudicada, nada mais é do que "[...] um horizonte simbólico sob o qual se desenvolve até hoje a sua legitimação com um impacto que não é possível contabilizar sob o cotidiano de vidas humanas"[210], ou seja, o Poder Judiciário nada mais é que um "rosto mascarado" que substituiu a adoração a Deus pela adoração a si.

Tal fato, entretanto, parece não abalar o Sistema Jurídico, pois atualmente o Poder Judiciário continua firme na sua postura tradicional e organizacional, fechada dentro de si. Contemporaneamente, cada vez mais, o Poder Judiciário é incluído no espaço da política. Ao seu redor, cria-se uma nova arena pública, um espaço tão significativo no qual os cidadãos depositam suas últimas esperanças. Como protetor de valores democráticos, quer e se espera do Poder Judiciário maior presença e altivez nas questões de distribuição da justiça material.

---

[208] Utiliza-se o eixo procedimentalista, cujo um dos expoentes é Antoine Garapon, porque é a definição de consequência que melhor se enquadra nesta seção proposta acerca do agigantamento do Poder Judiciário. No entanto, não se desconhece que a invasão da política no direito também pode ser estudada a partir do eixo teórico denominado substancialista, cujos autores, como Mauro Cappelleti, observam positivamente o processo de invasão do Direito na política na medida em que isso representa o necessário contrapeso entre as instituições e os poderes, além de dar voz aos grupos marginais, que no Poder Judiciário observam uma possibilidade de vocalização de seus direitos, por meio do processo. Para mais informações: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

[209] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[210] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites no Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, UFSC, v. 9, n. 1, p. 11-14, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rk/v9n1/a01v9n1.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019. p. 12.

De tudo isso, vê-se que a história da evolução estatal contribuiu para criação e para manutenção do bloco cultural de sacralização (crença e importância) do Poder Judiciário. A partir da fase do Estado democrático, o cidadão se coloca do lado do soberano em busca dos direitos prometidos constitucionalmente e, ainda, alimenta uma fantasia institucional que, pelo senso comum, valoriza e agiganta a tutela judicial.

O Poder Judiciário, visto historicamente e aceito culturalmente como "guardião das promessas" sonegadas ou não cumpridas pelos demais poderes, desemboca no arcaísmo da concepção do seu papel político, do conservadorismo axiológico, da visão corporativista, tudo isso alimentado por uma formação jurídica tradicional. Recorda Nalini que ainda vigora o postulado que o Poder Judiciário é órgão inerte, servil à lei, de cuja elaboração não deve participar, para não usurpar funções e cujo heroísmo fica por conta dos magistrados tantas vezes incógnitos e cujo ofício é a certeza do cumprimento do seu dever.[211]

Assim é que, seja por um temor reverencial[212] ou porque os demais poderes (Executivo e Legislativo) falham na prestação dos seus papeis em prol do interesse público, os cidadãos vão em busca dos direitos prometidos constitucionalmente, mantendo uma tradição paralisante de crença (confiança) e de valor (importância) atribuída ao Poder Judiciário, mantendo-o em um honroso poder de isolamento. Lembra Dallari que "[...] a organização, o modo de executar as tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais permanecem os mesmos há mais de um século"[213], o que, por consequência, mantêm o *status* de poder cuja magnitude de sua "missão" e de seus integrantes paira acima do cidadão "comum".

Outra pesquisa que corrobora a cultura da sentença e que mede a legitimidade do Poder Judiciário foi a ICJBrasil, produzida pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, entre maio e junho de 2017. Nesse período, foram entrevistadas 1.650 pessoas distribuídas pelo Distrito Federal e por sete estados da Federação: Amazonas (150), Bahia (200), Minas Gerais (300), Pernambuco (150), Rio de Janeiro (200), Rio Grande do Sul (150), São Paulo (350) e Distrito Federal (150).[214] Ela se concentrou nas motivações que levam os

---

[211] NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
[212] Sobre o tema, Weber explica que "[...] a obediência dos súditos é condicionada por motivos extremamente poderosos, ditados pelo medo ou pela esperança - seja pelo medo de uma vingança das potências mágicas ou dos detentores do poder, seja a esperança de uma recompensa nesta terra ou em outro mundo". WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.
[213] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5.
[214] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em:

cidadãos a utilizar (ou não) o Poder Judiciário e a confiar (ou não) nele, em termos de eficiência (celeridade), capacidade de resposta (competência), imparcialidade, honestidade e acesso (facilidade de uso e custo).[215]

Segundo os resultados da pesquisa, houve queda na avaliação da Justiça, ou seja, uma redução significativa em comparação com os anos anteriores e, ainda, queda na confiança da população brasileira em quase todas as instituições. De 2013 até o período atual, a confiança no Poder Judiciário caiu 10 pontos percentuais, entretanto, apesar da má avaliação, os entrevistados o reconhecem como instituição capaz de solucionar seus conflitos. A pesquisa concluiu pelo seguinte padrão: "[...] apesar de avaliarem mal o Poder Judiciário, os entrevistados têm alto grau de disposição para resolverem seus conflitos na Justiça".[216]

Convém novamente mencionar a pesquisa da acadêmica Corrêa, na comarca de Bom Retiro, no estado de Santa Catarina, que demostra que os entrevistados também confiam no Poder Judiciário (ampla maioria – 97,2%), mas, em se tratando de um "[...] defeito em equipamento eletrônico, ocorrido ainda dentro da garantia, 88% dos entrevistados preferem resolver amigavelmente ao invés de ajuizar um processo judicial contra o estabelecimento"[217]. Conclui a pesquisadora que existe predisposição dos residentes de tal município para a resolução de impasses dessa natureza pela via do consenso.[218]

Veja-se os diversos aspectos dentro de um mesmo Brasil: em uma forma contingencial ampla, a população não confia no Poder Judiciário, embora o procure para solucionar seus

---

http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

[215] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

[216] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

[217] CORRÊA, Iara Cristina. **O contraponto "cultura da sentença versus cultura do consenso"**: uma análise a partir da ótica do jurisdicionado sobre a preponderância da resolução dos conflitos jurídicos cíveis por meio da sentença judicial na Comarca de Bom Retiro/SC. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 27.

[218] CORRÊA, Iara Cristina. **O contraponto "cultura da sentença versus cultura do consenso"**: uma análise a partir da ótica do jurisdicionado sobre a preponderância da resolução dos conflitos jurídicos cíveis por meio da sentença judicial na Comarca de Bom Retiro/SC. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

problemas, ao passo que, em um aspecto contingencial menor, a população confia no Poder Judiciário, mas prefere buscar meios alternativos de solução para seus conflitos.

Apesar de a cultura local demonstrar que o tratamento consensual dos conflitos seria o mais utilizado, os dados levantados em âmbito nacional demonstram que a procura pelo Poder Judiciário ainda é enorme, razão pela qual esta tese levará em consideração a pesquisa em âmbito nacional.

Logo, a valorização do Poder Judiciário constitui apenas uma resposta à desqualificação da política, tornando aquele órgão o protetor confiável das expectativas de igualdade. Segundo Garapon,

> [...] a sociedade democrática desfaz os laços e os refaz socialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a 'inventar' a autoridade, sem sucesso, ela acorre então para o juiz.[219]

Procurando por juiz, como última esperança, os cidadãos fazem a ele um culto à figura da autoridade, confiando e depositando nele a credibilidade de todo o sistema judicial. Não percebem os cidadãos, no entanto, que a promoção contemporânea desse detentor de parcela do poder político-jurídico estatal contribui para a permanência de uma cultura da sentença justamente porque mantém vivo o poder simbólico e normativo da sentença.

2.5.2 O culto à figura da autoridade representativa do juiz: quem eu sou e quem ele é?

A proliferação legislativa constitucional dos direitos fundamentais trouxe para a atualidade um encurtamento nas distâncias entre o direito e as esferas políticas e econômicas da sociedade, sobrepondo o Poder Judiciário como um dos principais responsáveis pela assistência aos cidadãos. Essa é a razão pela qual o símbolo da sentença encontra respaldo na confiança e na valorização social que se tem na instituição do Poder Judiciário. Entretanto, a legitimidade da sentença somente é possível porque o Poder Judiciário reservou um agente natural para fazer cumprir a tarefa de julgar e dar projeção e ação para a sentença.

No julgamento com discurso formal e estratégias argumentativas, cumpre ao agente do Estado extrair da norma a justificação e a adequação para o caso concreto, não sendo admitido deixar de julgar a questão que lhe foi posta e mais: o que se espera socialmente é que ele faça justiça, identificando o termo "justiça" como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e do

---

[219] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 140-141.

próprio representante do órgão judicial, como se a esse fosse possível ser detentor daquele valor. Nessas condições de julgamento, o agente do Estado pode, quando muito, estabilizar provisoriamente os conflitos, ficando longe (em alguns casos) da justiça "material" e realizando apenas a justiça formal ou processual.

O agente da parcela do poder político e jurídico do Estado é a autoridade representativa do juiz. Derivado do latim *iudex* (juiz), significa aquele que julga, sendo o cidadão investido de autoridade pública com o poder dever para exercer os escopos da atividade jurisdicional, julgando, em regra, os conflitos de interesses submetidos à sua apreciação.[220]

Explica David que a figura institucionalizada do juiz teve relação direta com o nascimento das civilizações e com os grandes sistemas do direito contemporâneo. A primeira família de direito, cujo berço se deu na Europa e se expandiu consideravelmente pelo mundo inteiro – por colonização ou por recepção –, é a denominada família da *civil law* da linha romano-germânica. Formada sobre a base do direito romano com regras de conduta, estreitamente ligadas às preocupações da justiça e da moral e pertencentes à noção de lei e códigos, seus direitos foram elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular os conflitos entre os cidadãos e, disso, surgiu a necessidade de um terceiro neutro. Em Roma, os terceiros neutros, conhecidos como os senadores, eram um grupo concebido, exclusivamente, para o julgamento das questões antagônicas entre os cidadãos.[221]

Aos poucos, a imagem do magistrado foi sendo construída como um representante do divino, haja vista que sua decisão simbolizava a postura de um ser superior e neutro. Durante a Revolução Francesa, o juiz, pertencente a uma classe privilegiada, teve seu conceito evoluído da figura mística para um cidadão eleito por sua capacidade e evoluiu para ser aquele cidadão com habilidades específicas e (sobre) humanas para julgar. De todo modo, o conceito de juiz sempre se apresentou arraigado na noção de um ser superior para decidir quem detém, supostamente, a razão.[222]

O juiz é, em diversos países, integrante do Poder Judiciário e, de um modo geral, encontra-se investido na qualidade de administrador da justiça do Estado. Nos moldes do Estado

---

[220] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[221] Convém mencionar que existe uma segunda linha de família de direito, a chamada de *comom law*, com bases que remontam o direito da Inglaterra, portadora da marca do poder real e do processo como um direito público. No entanto, como um dos objetivos específicos desta tese é examinar a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, cuja colonização adveio do norte específico da *civil law*, os fundamentos da *comon law* não serão analisados neste trabalho. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[222] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

contemporâneo, o magistrado encontra na jurisdição e no devido processo legal as matrizes para decidir os conflitos de interesses vivenciados pelos cidadãos.

Diante do instrumento do processo civil, no "mundo" formal do dever ser, o julgador precisa, como sua atribuição indica, julgar, resultando, dessa atividade, a aplicação do direito no caso concreto, por meio da sua decisão. Por meio do processo, o juiz cria a norma individualizada, a chamada sentença. Essa, para Couture, não é um "[...] pedaço de lógica, nem tão pouco uma norma pura. A sentença é uma obra humana, uma criação da inteligência e da vontade, isto é uma criatura do espírito do homem".[223]

Segundo Calamandrei, "[...] não há outro ofício que exija, de quem o exerce, mais do que o do juiz, um forte senso viril de dignidade, aquele senso que impõe buscar na sua consciência, mas que nas ordens alheias, a justificação do seu modo de agir [...]".[224]

Logo, o juiz é uma partícula de substância humana que vive no âmago do processo e que detém o monopólio da força legítima para atuar, fazendo cessar os conflitos e, com isso, ele acaba se transformando, de certa forma, em agente guardião do seu tempo, o fio condutor daquilo que é justo e que pode oferecer aos jurisdicionados por meio da sua decisão. Daí porque – quem eu sou (reflexão para si) e quem ele é (reflexão dos cidadãos) – é a ponderação desta seção, que pretende deixar claro que existe um véu que conecta a confiança e o valor no papel do juiz, tanto por parte da instituição dos magistrados quanto por parte da própria sociedade.

Lembra Dallari que, no momento que foram superados o feudalismo e o absolutismo, os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de aristocratas poderosos para se tornarem agentes soberano do Estado[225] e, como tal, historicamente foi-se arraigando na cultura jurídica a noção de que os magistrados possuem forma mística, uma figura "quase divina", a ser adorada.

Afinal, historicamente, aos deuses sempre foi dado o dom de julgar seus semelhantes, de profanar o justo e o injusto, de discernir o lítico do ilícito e, por essa razão, há quem veja nos magistrados a função sacerdotal. Calamandrei já apontava que o juiz se acostuma a administrar a justiça como um sacerdote que se costuma a dizer uma missa: a "[...] função de julgar, que é quase divina, apesar de sentir dentro de si todas as fraquezas e, talvez, todas as baixezas do homem"[226]. Corroborando com essa ideia, antológica é a "prece de um juiz"[227], do magistrado

---

[223] COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino. p. 68.
[224] CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[225] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
[226] CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 52.
[227] "Senhor! Eu sou o único ser na Terra a quem Tu deste uma parcela de tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra

aposentado Vieira, vertida para quinze línguas, cuja metáfora transforma o homem julgador em um portador da palavra divina, um semideus, representante da "lei" e simbolizador da justiça.

Não se trata de ostentação do lugar do juiz, a saber, de se identificar ou não como divindade. A questão é como o exercício do poder impregna-se no imaginário coletivo e, se entranha, em razão da imersão cultural do homem do direito, como reflexo da sua formação jurídica positivista de influência conservadora e tradicional, que desconhece as reais necessidades sociais, limitando o discurso da ciência do direito à dogmática jurídica[228].

Assim como foi possível entender a sacralização do Poder Judiciário a partir da metáfora das "ondas do acesso à justiça" que bem demonstram como cada etapa estatal influenciou nos diversos contornos judiciais[229], aqui, na redução da justiça ao julgador, também é possível perceber a sacralização da magistratura por meio da evolução no papel do próprio Poder Judiciário. É que o juiz, "filho" do Poder Judiciário, também é herdeiro da evolução do próprio Estado, adotando comportamento e postura ideológica conforme as diversas fases pelas quais o Poder Judiciário passou, desde o direito liberal, passando pelo social, até ser reproduzido pela pós-modernidade democrática cujos contornos são altamente complexos.

Em todas as fases históricas do Poder Judiciário, nas suas mais diversas funções (direito mínimo, assistencialista ou social e democrático), a figura do juiz foi construída subliminarmente sempre apegada à ideia de um Deus. Tanto é assim que a teoria do direito contemporâneo criou metáforas para entender a figura do juiz a partir da mitologia de Júpiter, Hércules e Hermes[230].

---

obedecem, ao meu mandado se entregam. [...]. Ao meu aceno as portas das prisões se fecham. Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus ombros! [...] E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à tua augusta presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem". O texto explica-se por si só. Versão completa disponível em: http://emam.web2004.uni5.net/arquivo/documentos/50f2fe71-5552-47c7-baef-92540833be9d.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018. p. 5.

[228] Nesse ponto, é importante colacionar a seguinte crítica: conferir sacralidade à autoridade do juiz como missão "pura" e "vocacional" é ideal apenas para "[...] manter as relações sociais de poder: um povo servo a deus na terra, tendo os juízes como messias da palavra dele [...]". ANDRADE, Lédio Rosa. **Magistratura alternativa**: o Poder Judiciário como instrumento modificador das relações sociais de poder. 1992. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1992. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/76839/85852.pdf?sequence=1. Acesso em: 1 ago. 2018. p. 44.

[229] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008.

[230] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Bueno Aires, ano 4, n. 8, p. 101-103. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

O argumento desenvolvido por Ost é que não há um único modelo capaz de descrever toda a complexidade que envolve a função do magistrado na contemporaneidade. No entanto, as três espécies de intérpretes (juízes) pretendem vincular cada tipo de juiz a um formato político de Estado e, a partir disto, associá-lo ao Sistema Jurídico predominantemente vigente neles. Nesta tese, a metáfora do autor, além de servir para enquadrar cada juiz ao arquétipo de um modelo de Estado e de Poder Judiciário, pretende-se demonstrar que os cidadãos confiam e valorizam o juiz exatamente porque sua caricatura foi construída, cada qual ao seu tempo, como a imagem e a semelhança de um Deus.[231]

Assim é que o primeiro juiz, Júpiter, foi assim chamado em analogia ao Deus romano, correspondente ao grego Zeus. Como era o Deus supremo, o qual regulava a vida dos demais, o nome foi utilizado para designar a espécie de modelo teórico de juiz clássico com estreita relação com a pirâmide do código (direito codificado) como a fonte do único direito válido.[232]

Decorrente do monismo político e da soberania estatal de um Estado liberal e de um Poder Judiciário tecnicista, o juiz Júpiter insere-se em uma concepção substancialmente passiva de juiz, apegado ao direito codificado como uma racionalidade dedutiva e linear, reduzindo a simplicidade de uma única obra piramidal. Em específico, o modelo de juiz desempenha sua atividade interpretativa, tendo como pressuposto a crença absoluta na teoria do ordenamento jurídico, cuja origem remonta a Kelsen e sua teoria pura do direito.[233]

Dessa forma, o juiz Júpiter adota a forma da lei como um imperativo categórico, na célebre ideia de Montesquieu: "[...] os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força sem rigor"[234] e se identifica com os juízes dogmáticos do modelo positivista e legalista do direito, os quais reduzem sua função somente à aplicação do silogismo lógico da lei ao caso concreto.

---

[231] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

[232] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

[233] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

[234] MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Tradução brasileira. 2. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 123.

O segundo juiz, Hércules, de natureza proveniente do realismo jurídico e como fruto do modelo de Estado de bem-estar social e de um Poder Judiciário aberto e independente, funda-se na incapacidade do legalismo jupteriano e se firma como exclusivo titular do poder de decidir ativamente, o qual incumbe observar a pirâmide de modo invertido: primeiro os fatos narrados, depois a lei aplicável ao caso concreto.[235]

Esclarece Ost que, enquanto o "[...] juiz jupteriano é um homem da lei, de respeito a norma, o juiz Hércules se desdobra em um engenheiro social"[236] e, como tal, realiza sua função de interpretar o direito, assumindo um papel (em sentido amplo) político. Nesse contexto, Hércules seria o responsável pela decisão do caso concreto e pela criação da norma jurídica que a ele seria aplicada, ou seja, sua atividade consistiria em criar a regra no momento da decisão, e não descobrir o direito que as partes supostamente possuem no momento da instalação do conflito.

Por último, de um Estado democrático de direito e de um Poder Judiciário ativo ostentando dar conta de uma sociedade pluralista e hipercomplexa, nasce o chamado juiz Hermes, proveniente da mitologia grega, cujo significado era o deus mensageiro, do peso e das medidas, intérprete da vontade de outros deuses, com o objetivo de mediar e ligar os diversos atores políticos.

Independentemente do modelo de juiz ou das críticas existentes à ideia de Ost, o que fica claro com a metáfora é que, em todo processo de evolução do Estado (liberal, social e democrático), houve uma influência sobre a atuação do Poder Judiciário e do próprio juiz que, historicamente, foi sendo reforçado como um profissional incumbido de realizar a justiça, de contornar as iniquidades e negligências dos demais poderes e de estruturar socialmente as garantias constitucionais.

O magistrado pode ser analisado sob diversos ângulos e diversas variáveis das necessidades e do tempo, mas o que a história mostra é que, culturalmente, formou-se uma crença ou um culto à figura da autoridade representativa da figura do juiz, na medida em que

---

[235] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

[236] Texto original: "El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social" (tradução nossa). OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018. p. 110.

"o seu ser" tornou-se tão requisitado quanto os deuses (ou deus) para amenizar as mazelas e os sofrimentos humanos.

Além disso, o próprio sistema de recrutamento, ao menos no Brasil, é um verdadeiro ritual de passagem, empurrando o juiz para o lugar de semideus, fazendo-se crer que o selecionado no concurso público de provas e títulos é, indiscutivelmente, o melhor. A pergunta que se deve fazer é: melhor em quê?[237], pois a realização de concurso público de provas e títulos deixa de lado as questões da vida real, apenas se baseando em formulações técnicas e filosóficas, podendo deixar de selecionar o mais preparado para tratar demandas cujo olhar exige sensibilidade, criticidade e expansão para fora dos limites do próprio direito.

O juiz tem, assim, a capacidade de ser o representante, o porta-voz não do autor, tampouco do outro (o réu), mas da força legítima do Estado, que diz existir "verdade" e que ela pode ser encontrada pelo exercício do direito de ação, pela observância das regras legais do processo civil, pela formação da sentença e pelo atributo da coisa julgada que conferem segurança jurídica ao sistema judicial. Seguindo essa lógica interpretativa, os juízes nada mais fazem do que reforçar culturalmente os elementos históricos da jurisdição e que formam o símbolo da sentença.

2.5.3 Prestação jurisdicional alicerçada na dogmática jurídica: o apego à estrutura silogística da sentença, o emprego da subsunção do fato à norma e o ato de julgar como um procedimento técnico e formal

O juiz moldado pelo liberalismo assume a posição de neutro entre as partes, de servo da lei e de garantia do devido processo legal, ficando, assim, impedido de qualquer produção criativa no direito. A par disso, o modo como a processualística civil estruturou a elaboração da sentença deu azo ao processo de hermenêutica da aplicação jurisdicional apenas para reforçar a racionalidade, afastando qualquer apoio transdisciplinar no campo jurídico, além de reforçar a lógica do poder.[238]

---

[237] O pensamento apresentado pode ser ratificado com as palavras do autor Lédio: "[...] decora-se o direito dogmático, e a aprovação é corolário. Desnecessária qualquer sensibilidade e senso de justiça social. Um desumano, de memória fotográfica, pode tirar primeiro lugar". ANDRADE, Lédio Rosa. **Direito a direito**. v. I. 2. ed. Curitiba: JM, 2001. p. 36.

[238] Não se desconhecem os movimentos de juristas filiados à ciência do direito, cujo recorte é crítico e alternativo, defensores do papel social do juiz ou do procedimentalismo (ativismo judicial), ou seja, de que atualmente existe uma liberalidade excessiva na interpretação – protagonismo político. Todavia, para o que se pretende examinar nesta seção: a estrutura da sentença, enquanto símbolo dominante da cultura jurídica

Não é à toa que a expressão sentença, último pronunciamento de sua excelência, o juiz, decorre do latim *sententia,* que significa o verbo sentir, já que nela o magistrado declara o que sente. Salienta Liebman que a palavra *sententia*, por si, quer dizer "opinião"[239]. Tecnicamente, indica a formulação normativa do poder do Estado para o caso submetido a juízo, ou seja, é o ato no qual o juiz, na qualidade de representante do Estado, dá, com base em fatos, na lei e no direito, uma resposta imperativa ao pedido formulado pelo autor e ao pedido de resistência do réu. Especificamente, o pronunciamento judicial denominado de sentença é elaborado pelo juiz após ele observar, analisar e deduzir a causa (os fatos e as provas) posta em juízo, tendo o condão de, motivadamente, dirimir o conflito posto.

Todavia, a prática cristalizada pelo projeto burguês de Estado e modelo liberal do Poder Judiciário, que se perpetuou na fase social e ainda se verifica na etapa democrática, impôs ao magistrado uma postura neutra de não intervenção, no caso concreto, e de simples espectador, em relação ao fato ocorrido, cujo ato de inteligência no processo é revelado na sentença por meio da técnica jurídica racional do silogismo lógico da ciência do direito pela vertente positivista.[240]

O Estado moderno atribui aos seus órgãos legalmente constituídos (Poder Judiciário) a decisão de julgar, por meio da aplicação das leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente em um corpo denominado direito positivo. Nesse sentido, Andrade explica que o rosto do soberano (Estado) produziu, para funcionalizá-lo, uma cultura jurídica positivista, de inspiração liberal (formalista e conservadora), cujo subproduto mais secularizado é um saber, a chamada dogmática jurídica que, bifurcada em tantos ramos quantos direitos se criaram e criam, constitui até hoje a matriz da formação dos operadores jurídicos, produzindo um jurista-tipo (técnico).[241]

A cultura jurídica tende a fundir a legitimidade no positivismo jurídico que se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do direito revelando existir uma relação intrínseca entre ele e o legalismo. Segundo Gomes, o modelo de atuação judicial mais difundido, a propósito, particularmente no entorno cultural da América Latina, é o chamado positivismo-legalista,

---

tradicional, que eterniza a própria decisão judicial e legitima a instituição estatal como monopolizadora dos meios de tratamento dos conflitos, o viés da dogmática é o necessário e suficiente.

[239] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 22.

[240] ANDRADE, Vera Regina Pereira. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites no Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, UFSC, v. 9, n. 1, p. 11-14, jan./jun. 2006. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/5924/5437. Acesso em: 1 ago. 2018.

[241] ANDRADE, Vera Regina Pereira. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites no Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, UFSC, v. 9, n. 1, p. 11-14, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rk/v9n1/a01v9n1.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.

segundo o qual o juiz, na sua função de julgar, deve atender exclusivamente à lei, segundo o modelo kelsiano, que procura distinguir a atividade política do legislado da atividade técnica do julgador.[242]

Pode-se afirmar, inclusive que, atualmente muitos magistrados ainda se mantêm presos à posição positivista[243], cujo apego ao formalismo técnico e ao emprego da subsunção do fato à norma, perpetua-se em razão da formação acadêmica do ensino jurídico tradicionalista, fruto da dogmática e do respeito excessivo pela letra da lei e pelas formas e instituições em legais, em detrimento das considerações morais e sociais.

De efeito, o paradigma prevalente na cultura jurídica tradicional, em especial a brasileira, conforme se examinará no capítulo quatro desta tese, é decorrente do berço liberal burguês, que mantém cursos de direito conservadores e produtores do sistema positivista legalista, afastados da realidade social diária, na medida em que são timbrados pela defesa abstrata e formal da lei.

Partindo dessa análise da esfera filosófica, percebe-se que o Sistema Jurídico, especialmente no Brasil, ainda está focado (em razão da manutenção do ensino jurídico técnico) na ciência do direito de raiz dogmática, caracterizado por um lema tradicional, formal e com base em preceitos preestabelecidos: a crença em valores absolutos de adoração à norma, legitimada por si e que representaria o justo.

A dogmática jurídica, desde sua origem na jurisprudência romana, encontra na norma o sentido e o instrumento de autoridade da integração social. Mesmo após o declínio do Império Romano, na Idade Média, o pensamento dogmático, consubstanciado no direito escrito e normatizado, pretende aplicar o direito por meio de um método técnico (cumprem-se as leis por serem as leis o sentido da justiça).[244]

Tudo isso levou à concepção de que a sentença representa a opinião de um trabalho intelectual do espírito do juiz, na qual está presente a vontade do Estado formulando um comando, mas, sobremaneira, apegada às técnicas do método lógico formal como adequado para a compreensão da realidade, esquecendo-se totalmente do sentido das reais necessidades

---

[242] GOMES, Luiz Flavio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[243] Refrisa-se que, atualmente, existe uma liberalidade excessiva na interpretação – um protagonismo político. Porém, independentemente da filiação hermenêutica do juiz (legalista ou procedimentalista), ao final ele proferirá uma sentença, que é o símbolo perseguido pelas partes.

[244] GOMES, Luiz Flavio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

sociais, em uma supervalorização da prática e do saber teórico preocupado em "como" fazer e não "por que" fazer.

A sentença se reduz na análise técnico-formal, partindo de premissas legais gerais, aplicando-se a lei ao caso concreto e culminando com uma decisão do juiz fruto de um processo lógico, dedutivo, sem qualquer adesão aos interesses, às necessidades e aos sentimentos das partes. Daí porque o julgador e sua decisão permanecem afastados do objeto litigioso entre as partes, não exerce o magistrado qualquer tipo de habilidade social para fazer extrair do conflito a própria solução, já que a validade da sua decisão se encontra na aplicação das normas, na manutenção da ordem, e não em necessidades, interesses, desejos ou sentimentos das pessoas.

A aplicação silogística por boa parte dos juízes provém da mesma (de)formação básica dos cursos tradicionais do direito, cujo conhecimento é abstrato, marcado pelo individualismo, pela descontextualização histórica e pessoal, pela identificação entre lei e direito, por uma concepção de sujeito de direito desatualizada; enfim, pode-se dizer, por uma sentença, que, muitas vezes, não representa a real situação vivenciada pelas pessoas, tampouco a efetiva solução por elas a serem realmente cumpridas.

Indica Dallari que são frequentes as sentenças recheadas de citações eruditas, escritas em linguagem rebuscada e centradas na discussão das formalidades processuais, dando pouco ou nenhuma importância à questão da justiça, pois "[...] não se percebem preocupação com os interesses e as angústias das pessoas que depende, das decisões e que muitas vezes já não tem mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável [...]".[245] Ainda é comum ouvir-se na cultura jurídica, preponderantemente valorizada na sentença, que o juiz é "escravo" da lei e, ao aplicá-la – pondo, muitas vezes, em contradição o que sente e o que pensa ser a aplicação do direito – fica em paz com sua consciência, não assumindo responsabilidade pelas injustiças que pairam na sociedade.

Em um viés crítico, Andrade aponta que a equidistância que o julgador deve manter ao longo do processo leva-o a ser "[...] insensível, neutro, técnico e científico, imparcial, com capacidade de examinar um caso concreto à luz dos textos legais, sem a participação da sua ideologia, da sua formação ou de seu cabedal cultural".[246] Quer-se com a dogmática jurídica ou com o legalismo expulsar a justiça e fazer crer, no imaginário coletivo, que os juízes não se

---

[245] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.
[246] ANDRADE, Lédio Rosa. **Magistratura alternativa**: o Poder Judiciário como instrumento modificador das relações sociais de poder. 1992. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992. p. 22.

enquadram no perfil humano, embora já se tem notícias, em estudos científicos, que o magistrado aplica as normas por meio e influência, não raras vezes, da sua subjetividade.

A identificação entre razão e lei provocou a sacralização dos códigos e a ligação da estrutura silogística da decisão com critério de legitimidade das sentenças. O apego às formalidades legais, sem a preocupação com a justiça da decisão para os participantes, é uma herança do positivismo jurídico e do saber dogmático que implantam na sentença um raciocínio abstrato do silogismo lógico. Sabe-se que, ao prolatar a sentença, o juiz aplica a norma genérica ao caso concreto e, dessa decisão, faz emergir uma norma concreta ao caso prático cuja estrutura costuma-se denominar, tradicionalmente, operação do silogismo, que nada mais é que a conclusão da qual se tira a partir de duas premissas.

A motivação segue o raciocínio da subsunção do fato à norma (primária), ou seja, o juízo lógico como elemento essencial da sentença parte da premissa maior (primária) para uma sucessiva aplicação da norma (secundária) na premissa menor, chegando-se a uma conclusão puramente racional. Esta é, pois, a formação da estrutura de uma sentença: estabelecer duas premissas – uma premissa referente ao fato, a outra premissa referente ao direito – e, delas, em um silogismo, chegar à parte dispositiva ou conclusiva da sentença.[247]

A teoria do silogismo, a qual prevê o raciocínio dedutivo estruturado formalmente a partir de duas proposições (premissas), das quais se obtém, por inferência, uma terceira (conclusão), faz com que o juiz, ao aplicar as leis no caso concreto, deduza sua conclusão a partir do método lógico-dedutivo. Convém diferenciar, no entanto, como aponta Michele Taruffo, que uma situação é a estrutura da sentença, fundamentada no silogismo que reveste a argumentação jurídica da lei no caso concreto; outro ponto é a motivação da sentença (raciocínio justificativo do uso das premissas escolhidas pelo juiz).[248] Isso porque não serve o silogismo para a técnica satisfatória da motivação ou fundamentação em si da decisão, mas sim para estruturar logicamente o pensamento ou o raciocínio do magistrado, a fim de demonstrar que existe um encadeamento de preposições do conteúdo decisório com justificativas internas e externas.

À medida que o positivismo normativista avança, tanto nos cursos de direito quanto no universo profissional dos juristas, lança bases para um saber teórico dogmático e para invocação

---

[247] ANDRADE, Lédio Rosa. **Magistratura alternativa**: o Poder Judiciário como instrumento modificador das relações sociais de poder. 1992. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992.
[248] TARUFFO, Michele. II significato constituzionale dell'obbligo di motivazione. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

da validade da sentença a partir da técnica do silogismo, e tudo aquilo que não se enquadrar nos procedimentos formais e nas regras do devido processo legal fica deslegitimado do direito.

No exercício da atividade jurisdicional, a estrutura da sentença não tem o objetivo de criar algo, mas sim apenas tornar explícito aquilo que já estava implícito na norma (primária), em um processo de subordinação, tampouco serve a decisão para "resolver" os conflitos no sentido de eliminá-lo para sempre, servindo, quando muito, para sua estabilização temporária.

Entre o desenvolvimento do processo até a decisão final pronunciada na sentença, prevalecem apenas as regras do devido processo legal, e não a compreensão da figura do outro – enquanto sujeito também de direito, a fim de melhorar o seu comportamento, ou seja, não há espaço para a sensitividade social, para reconhecer as diferenças entre as pessoas no modo de agir, pensar e sentir.

A sentença é operacionalizada por um procedimento técnico, formal e de diálogo entre o juiz, os fatos e as normas, e não por uma comunicação interpessoal entre as pessoas, não servindo para manter ou melhorar a relação com o outro (eficácia da relação entre as partes) ou para reforçar comportamentos positivos, mas significando impor a autoridade do terceiro juiz de fazer cessar, ainda que provisoriamente, o conflito apresentado.

A técnica do silogismo, que firmará o símbolo da sentença na cultura jurídica tradicional, acaba por introduzir uma lacuna, um vácuo, um hiato de humanismo no próprio direito, na medida em que a concepção do sujeito é posta para fora da decisão, importando apenas os fatos, as provas e a norma aplicável ao caso concreto.

2.5.4 A linguagem competitiva e a valorização do resultado ganha x perde

Tornou-se habitual, no entendimento da cultura do povo, a referência ao Poder Judiciário, ao seu instrumento do processo civil, ao magistrado e à sentença como sendo os representantes máximos do valor justiça, já que, por meio desses elementos estruturantes, é possível investigar e resolver conflitos aparentes. Daí porque toda prestação jurisdicional encontra-se alicerçada no símbolo dominante da sentença. O que faz a decisão judicial ser um símbolo dominante é exatamente a crença e a confiança na estrutura do Poder Judiciário, no culto à autoridade representativa do juiz, no apego ao formalismo técnico do silogismo lógico, na linguagem competitiva e na valorização do combate.

No desenvolvimento do processo alastrado, ao final, na sentença, há uma instigação à comunicação competitiva; à valorização do combate entre as pessoas e ao resultado ganha x

perde.[249] A sociedade brasileira encontrou, na forma de abordagem competitiva do conflito, a sua "capacidade" para resolvê-lo.

Na administração dos conflitos por meio da sentença, existe ênfase na competição e ênfase na dominação, em uma situação de subordinação do cidadão ao Estado-Juiz. A filosofia adotada na sentença é "quem ganha consegue tudo ou parcialmente tudo" e o objetivo é vencer o conflito a qualquer custo, cujo prêmio estará consagrado na decisão final de procedência do pedido (para o autor) ou na improcedência do pedido (para o réu), e não na busca da solução mais apropriada para os envolvidos.

Embora o texto linguístico da sentença não evidencie toda a subjetividade do juiz, existem elementos explícitos no decorrer desse pronunciamento, tais como: autor, réu, determino, condeno, procedência, improcedência, que levam à identificação da formação discursiva preferencial pelo combate. Mencionadas nomenclaturas são operacionais argumentativos que têm a função de orientar o processo civil pela lógica competitiva já que, ao serem inseridas em um contexto escrito ou verbal carregam, além do sentido de adversidade, uma valorização por parte do locutor (juiz), da forma com a qual está mais preponderantemente vinculado a decidir.

A construção do discurso do magistrado ao longo da sentença parte dos outros discursos apresentados ao longo da ação e da defesa, porém com eles se relaciona apenas em um aspecto de longitude, uma vez que, para as partes, não é dado construir, no sentido expresso da palavra, a decisão final. Pragmaticamente, os operacionais argumentativos são elementos que desvalorizam, ao longo do devido processo legal, o "eu" dos participantes, porque o juiz fala em nome dos sujeitos e estabelece um valor argumentativo em favor do ganha x perde.[250]

Constitui-se em marcas linguísticas visíveis na enunciação silogística do juiz a invalidação dos argumentos apresentados pelas partes que o magistrado deseja julgar improcedente o pedido. Isso porque, durante a confecção da sentença, até porque não é da lógica estrutural da heterocomposição, não se orienta os cidadãos para, em conjunto, liderarem as etapas do processo, tais como: definir o conflito (quem, o que, onde, quando, por que e como); analisar a situação, projetar resultados de cada alternativa elaborada; implementar e avaliar a solução escolhida, mas ficam eles à espera e à mercê de uma conclusão impositiva.

---

[249] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
[250] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Dessa forma, no processo civil, como recorda Almeida, "[...] não podem entrar em acordos ou firmar maximização dos *payoffs* coletivos, com o benefício para todos os envolvidos, alicerçando seus ganhos somente de forma individual e solitária"[251]. Nesse aspecto, os interesses dos participantes funcionam como um jogo, "[...] numa verdadeira guerra na qual, para que um participante ganhe, o outro, necessariamente, precisa perder; ou ainda, dependendo das estratégias adotadas, é possível que nenhum deles possua saldo positivo".[252]

Analisando as características de um jogo competitivo ao qual se pode fazer alusão ao processo civil, D'Amico destaca as seguintes características: confronto de interesses; ênfase no indivíduo; sem colaboração; ação isolada e não coletiva; negociação do tipo: ganha-perde, perde-perde.[253] No tipo de negociação ganha x perde, o processo de otimização dos resultados é aquele que diminui ao máximo a possibilidade de perda e, ao mesmo tempo, leva a maior desvantagem possível ao adversário, como no confronto de interesses, estritamente competitivo; a cooperação é praticamente nula.

Daí porque se pode dizer que a subespécie da competição representa um resultado igual a zero, ou economicamente abordando, por meio da leitura econômica da teoria dos jogos, uma soma zero, na "[...] qual a soma dos ganhos dos jogadores é igual zero, isto é, a cada movimento favorável a um jogador, ao outro será desfavorável, de modo que somente um poderá ganhar e o outro perder; um jogador ganhará exatamente o que o outro perdeu".[254]

Essa classificação se deve ao fato de que a soma dos ganhos dos participantes é igual a zero, já que um jogador ganha exatamente o que o outro perde, ou seja, os ganhos para uma parte são as perdas para outra, apresentado a soma nula.[255]

Nessa perspectiva, a busca por tratamento dos conflitos sob a tutela jurisdicional valoriza o combate, na medida em que cada qual quer vencer, e não perder a demanda e, por isso, nas salas dos tribunais, muitas vezes, reconhece-se nos rostos das partes serem elas verdadeiros duelantes, já que a vitória depende, necessariamente, da força impositiva de um terceiro.

---

[251] ALMEIDA, Flávio Portela Lopes. **Democracia e constitucionalismo**: perspectivas metodológicas a partir da Teoria dos Jogos. São Paulo: Instituto Comportamento Evolução e Direito, 2005. v. 1. p. 5.
[252] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 168.
[253] D`AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
[254] SOLER, Raúl Calvo. **Uso de normas jurídicas y toma de decisiones**. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 78.
[255] Nesse sentido: DAVIS, Morton D. **Teoria dos jogos** – uma introdução não técnica. Tradução: Leonidas Hezenberg. São Paulo: Cultrix, 1973.

Assim, se a "[...] disposição motivacional do sujeito e do contexto em que ele se encontra interfere na probabilidade de ações cooperativas, competitivas ou individualistas"[256], o fato do processo judicial adotar a linguagem competitiva reforça os rituais e os valores socialmente compartilhados pela cultura da sentença. Em uma sociedade contemporânea, "[...] pautada na disputa por poder e moeda motivada pela busca de garantia de sobrevivência por parte do indivíduo"[257], a conquista de espaço e benefícios materiais e simbólicos se dá pelo êxito do indivíduo nesse "jogo". Logo, a ideia de uma linguagem competitiva serve para o controle do jurisdicionado e vai ao encontro da cultura da sentença, que é visivelmente o controle dos conflitos pela autoridade Estado.

No instrumento do processo civil, cada indivíduo buscará impor sua vontade e sua perspectiva em detrimento do outro, competição essa que será reafirmada pela sentença de procedência de uma parte em desfavor da improcedência para a outra pessoa. Ao final, haverá um vencedor e um vencido, um certo e um errado, razão pela qual o processo judicial é marcado pela competição que visa sempre a vitória de um dos competidores.[258]

Além disso, o conhecimento que os interlocutores (as partes) passam a ter a partir da leitura da sentença contribui para mensagem do bloco cultural do mito do Poder Judiciário e do "deus" juiz, funcionando como um estereótipo, aqui entendido no sentido pejorativo, que comumente essa palavra carrega. Por outros dizeres, a sentença enuncia um vencedor e um vencido, deixando claro o recado para os relacionamentos interpessoais: esses devem se avançar vivenciando a competição – afinal, esse é o modo pelo qual a sociedade aceita que seus conflitos sejam tratados.

O processo judicial possui um terceiro vencedor: o Estado que, por meio do juiz, decreta a "norma de clausura (condutas permitidas e não permitidas)"[259], ou seja, detecta a carga disfuncional negativa ao manter o binômio ganhador x perdedor, razão pela qual é preciso atentar-se para a mudança de mentalidade com o abandono de velhas práticas, invertendo a tese

---

[256] PALMIERI, Marilícia Witzler Antunes; BRANCO, Angela Uchoa. Cooperação, competição e individualismo em uma perspectiva sociocultural construtivista. **Psicologia**: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 17, n. 2, p. 189-198, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/prc/v17n2/22471.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018. p. 190.

[257] MARQUES, Renato Francisco Rodrigues; GUTIERREZ Gustavo Luis. **Ações cooperativas e competitivas e as relações interpessoais no mercado de trabalho**. p. 31-46. Disponível em: https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/fadiga_cap3.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018. p. 35.

[258] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

[259] ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 55.

competitiva do processo judicial, que apenas retroalimenta a cultura da sentença, para consolidação da sua antítese: o consenso entre as partes.

3 A COMPOSIÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA ENTENDIDA COMO CONSENSUAL: A HISTÓRIA DOS SEUS ELEMENTOS E A CARACTERIZAÇÃO DOS SEUS SÍMBOLOS DOMINANTES

A abordagem da jurisdição contenciosa envolve a intervenção de uma autoridade institucionalizada por meio de órgãos oficiais e socialmente reconhecida para aquela disputa. O paradigma tradicional de justiça contenciosa baseia-se na perspectiva cultural dos litigantes e dos profissionais do direito, e crê, coletivamente, que o monopólio do Estado perfaz o símbolo da distribuição de justiça, sendo o principal meio buscado pelos indivíduos no tratamento das suas contendas.

No momento que o modelo tradicional da "cultura da sentença" passa a reinar como o principal mecanismo de imposição de regras na administração dos problemas, mantém-se a cadeia vingativa entre as partes. Além disso, na medida em que, na forma judicial, criam-se novas relações jurídicas de caráter processual com o Estado, essa abordagem desloca o tratamento do conflito jurídico do domínio privado para o público, cujo caso é discutido diante de uma terceira parte imparcial e equidistante: o juiz.

O magistrado, responsável pela tomada de decisão, apenas considera as alegações, as teses, os argumentos e as provas que estão em conformidade (subsumidas) à legislação e à jurisprudência, razão pela qual o resultado, em geral, é de ganho x perda. O resultado do tratamento do conflito pelo instrumento processual, embora reflita uma decisão socialmente aceita, tem como símbolo dominante uma sentença que indica quem está certo e quem está errado e que retira dos indivíduos o controle do resultado.

Todavia, um franco esforço de compreensão do direito não apenas a partir dos seus elementos coercitivos ou formais, mas, sobretudo, dos seus conteúdos fundamentais e das finalidades que põe a realizar, importa em reconhecer que a cultura jurídica da sentença: quando comparada com a cultura do consenso, possui bases históricas e simbólicas contrastantes. Isso porque a base da "civilização consensual", a contrário *sensu* da "civilização combativa" pela autoridade estatal vislumbrada na sentença, encontra seu sentido na autoridade social e no valor do consenso.

Relata René David que a sociedade e o próprio Estado eram fundamentados no modelo familiar e os procedimentos impostos pelos costumes, o que acarretou, durante muito tempo, a

não organização de uma profissão jurídica, inclusive.[260] Logo, a busca reiterada das pessoas pela solução dos seus conflitos sem a atuação de um terceiro, as motivações que direcionam os comportamentos dos atores jurídicos e dos demais sujeitos, foram apreendidas, interpretadas e repetidas constantemente de modo histórico e simbólico diferentemente entre os povos da cultura do consenso.

Nesses termos, a cultural jurídica consensual advém de contextos históricos em que não há a valorização da tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário ou, ainda, quando essa se mostra insuficiente para o resultado célere e útil, dependendo, assim, de novas formas de participação dos cidadãos na administração da justiça e na gestão racional dos interesses.

A justiça consensual busca, para além do tratamento na lide processual, religar o vínculo que se rompeu na lide sociológica, facilitando o diálogo entre as partes, para que, por meio de uma comunicação ativa, possam os sujeitos cooperarem entre si, modificando as relações e chegando, se for o caso, ao acordo.[261]

Assim, tal qual o termo "jurídico" representa a formação da sua tradição histórica e simbólica, o consenso, enquanto método de tratamento dos conflitos, possui suas próprias balizes histórias e simbólicas. Nesta pesquisa, a cultura do consenso é aquela historicamente construída, tendo como base o Sistema Jurídico da autocomposição e seus elementos estruturantes e símbolos dominantes específicos do consenso e do diálogo.

O objetivo deste terceiro capítulo é entender como se forma a cultura da solução consensual entre as partes (simbolizada pelo consenso) e que pode ocorrer, entre as diversas abordagens, pelas formas autocompositivas. Entre todos os meios representativos da cultura consensual (negociação, conciliação, mediação, entre outros), a presente pesquisa opta por trabalhar a luz da mediação em sentido "amplo", pois essa forma foi incorporada em 2015 pelo Código de Processo Civil e pela Lei n. 13.140/2015, o que oportuniza ser feito um quadro comparativo entre as características de cada forma cultural (o processo judicial pertencente à cultura da sentença e a mediação perfazendo a cultura do consenso). Ademais, utiliza-se mediação em "sentido amplo", porque não se pretende, neste momento da tese, definir a mediação enquanto técnica estabelecida por lei em um determinado Sistema Jurídico, cuja análise contemplará, especialmente, o Sistema Jurídico brasileiro.

---

[260] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
[261] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

3.1 A HISTÓRIA DOS ELEMENTOS: RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS E A ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A noção da mediação, enquanto dividir ao meio, repartir em duas partes iguais, assume uma pluralidade de sentidos, podendo ser associada à ideia de intervenção social em diversos setores (campo de aplicação), como: escolar, comunitário, institucional e de conflito. De acordo com o que se pretende nesta tese, o sentido de mediação abordada neste trabalho remete, sobretudo, para a noção de mediação de conflitos civis que trata uma intervenção que visa o tratamento das controvérsias que tenha ocorrido entre uma ou mais pessoas no âmbito cível para o fim de recuperar as suas relações interpessoais ou para o objetivo de chegarem a um acordo.

Nesse sentido, a prática de mediar conflitos não é invenção, mas sim a adaptação do que já existiu em outras épocas e raízes culturais. Segundo Schnitman, "[...] culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas tem longa e efetiva tradição no uso da mediação, tendo em vista que se trata do exercício de intervenção humana nos conflitos entre partes".[262]

Ademais, nas diversas comunidades reunidas em assembleias dos povos da África do Sul, resgatou-se o conceito de Ubuntu (eu em todos e todos em mim), o que mais tarde foi incorporado por diversas organizações sociais (por exemplo, a China) como conceito de alteridade e mediação de conflitos.[263]

Aliás, certas culturas, por exemplo, a brasileira, são nutridas pelo pensamento cartesiano da "binariedade", ou seja, as realidades são "isto ou aquilo", ao passo que em outras, como a oriental chinesa, exprimem-se mais em uma mescla, as realidades são "isto e aquilo", ao mesmo tempo, e, por isso, a abordagem da mediação representa o mecanismo de tratamento dos conflitos adotados por tais culturas, na medida em que entre seus cidadãos não há certo ou errado, mas somente indivíduos que reconhecem o sentido do seu próprio valor e aceitam com respeito e empatia o problema alheio que, se registre, passa a ser também seu.[264]

No entanto, a mediação de conflitos mais antiga, documentada e conservada até hoje "[...] tem quatro mil anos e é originária da Mesopotâmia, referindo-se a um governador sumério

---

[262] SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução dos conflitos. *In*: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 17-27. p. 23.
[263] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Justiça comunitária: TJDFT, sem data.
[264] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

que conseguiu evitar uma guerra pelo litígio de certos territórios".[265] Já a história contemporânea da mediação de conflitos é recente, uma vez que só a partir dos anos 60 e 70 do século XX é que houve um aumento exponencial da conflitualidade e de fatores constitucionais que levaram os cidadãos a recorrerem cada vez mais à tutela judicial, impondo-se, como consequência, à necessidade de se criarem meios de resolução alternativas de disputa. É bastante ilustrativo o desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos da América (EUA) – onde se verifica, a partir da década de 1970, uma emergência dos modelos autocompositivos, em especial os meios de resolução adequada de conflitos, designados por ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que abrangem a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação.[266]

Os meios alternativos de disputas também são denominados como MASCS (Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias), embora a palavra "alternativos" dê uma conotação pejorativa de resolução "fora" do Poder Judiciário, enquanto tais abordagens são autônomas existindo tanto dentro quanto fora do órgão judicial, razão pela qual se prefere empregar o termo meios "adequados" a serem indicados conforme a natureza da disputa apresentada. A par desses clássicos da ADR, existem hoje, sobretudo nos países anglo-saxônicos,

> [...] outros procedimentos de resolução não adjudicatórios como a avaliação prévia independente, o tribunal multiportas, o mini julgamento, a peritagem e o *ombudsman*[267] – todos eles como formas distintas de traduzir o papel do terceiro neutro na condução do procedimento entre as partes.[268]

Tanto é assim que, mais tarde, o movimento conhecido como ADR elegeu como objetivos: possuir características e técnicas próprias (distintas da justiça estatal); envolver as partes no encontro das soluções bem mais aptas à natureza do conflito; facilitar o acesso à justiça; proporcionar maior efetividade aos diferentes tipos de contendas. Inclusive, a legitimidade dos meios adequados de disputas não é conferida pelo rigor das autoridades nos

---

[265] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008. P. 65.
[266] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. . Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008.
[267] *Ombudsman* (administração de litígios administrativos – entre indivíduos e governo), incentivos econômicos (encorajar acordos através de custos do julgamento), ação governamental (representação de direitos difusos), tribunais de vizinhança ou sociais (divergências na comunidade), solução de demandas de consumidores por meio da comunicação, *rentalsman* (litígios entre inquilinos e proprietários) Tais instrumentos estão destacados na obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
[268] LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. *In*: SALLES, Carlos Alberto (org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 599-626. p. 620.

tribunais, mas sim pela informalidade e pela busca pelo consenso por meio de um tribunal multiportas.

Vale ressaltar que o sistema multiportas de solução de conflitos (*multidoor courtthouse*) foi apresentado em 1976 no discurso de Frank Sander, quando então esse juiz discorreu que, ao invés de uma única porta direcionada à corte do Poder Judiciário, as partes passariam por uma antessala localizada no centro de solução de conflitos que, mediante a ajuda de uma filtragem ou triagem (*screening clerk*) considerando a natureza do conflito, a relação continuada ou não entre as partes, os custos da demanda, a urgência na decisão, ofereceria diversas portas (mediação, conciliação, processo judicial, arbitragem, entre outras) para que os indivíduos acessassem as distintas formas de tratamento dos conflitos.[269]

O centro de solução de conflitos ficaria responsável por tratar tanto demandas que já tivessem sido judicializadas quanto aquelas ainda na fase pré-processual. Ao invés de uma única porta que direcionaria o cidadão a um processo judicial convencional, um tribunal multiportas ofereceria várias dimensões para a solução do conflito como forma de ampliar as portas de acesso aos serviços judiciais, e não como maneira de diminuir os processos.[270]

Entre os mecanismos existentes na "justiça" multiportas, é possível destacar a arbitragem[271], a conciliação e a mediação. Derivada do vocábulo do latim *arbiter* (juiz, louvado e jurado), a arbitragem significa, com base no entendimento de Naves, a "[...] discussão e o julgamento de uma controvérsia entre duas ou mais sobre determinada relação de direito, perante árbitro"[272] e ainda é um

> [...] meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.[273]

---

[269] GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário**: condições necessárias para institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

[270] SANDOVAL, Harbey Peña. La conciliación no es justicia. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, Universidade Nacional, n. 45, p. 241-267, 2017.

[271] Convém ressaltar um aspecto positivo de mudança cultural no que se refere ao instituto da arbitragem: até 1996, discutia-se, no sistema jurídico brasileiro, se o árbitro proferia sentença ou laudo arbitral e, ainda, se o laudo ou a sentença eram passíveis de homologação judicial. Após a inserção da Lei de Arbitragem, em 1996, passados mais de 20 anos das suas alterações, a perspectiva assentada é que se trata de sentença com força que independe de homologação judicial. Tal situação retrata que mudanças culturais são possíveis de ocorrerem.

[272] Cândido Naves foi um dos primeiros autores brasileiros a tratar sobre o tema da arbitragem em sua tese para o concurso de livre docente da Faculdade de Direito de Minas Gerais, em 1925. Para complemento, vide: NAVES, Cândido. **Juízo arbitral**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1925. p. 15.

[273] ROCHA, José de Albuquerque. Instituições arbitrais. *In*: SALES, Lília Maia de Morais (org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC, 2003. p. 97.

Assim como o processo civil, a arbitragem apresenta natureza de heterocomposição, pois existe a presença de um terceiro imparcial (árbitro) que, por meio da convenção de arbitragem, solucionará a controvérsia. A arbitragem é a técnica de foro privado na solução de controvérsias pela intervenção de técnicos especializados na área, os quais recebem poderes da convenção, para decidirem com base nela e sem a intervenção do Estado.

De outro lado, a conciliação, que provém do latim *conciliatione*, significando "[...] ato ou efeito de conciliar; ato de harmonizar os litigantes ou pessoas divergentes; congraçamento; acordo ou concórdia"[274], é considerada como o mecanismo de ordem judicial ou extrajudicial na solução negociada do conflito de interesses. De natureza jurídica autocompositiva, a conciliação destaca-se, porque a figura do conciliador (terceiro facilitador) coloca-se entre as partes, auxiliando-as e fazendo também sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa isso dizer que, na conciliação, diferentemente da medição, o conciliador tem participação ativa (direta) na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas propondo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes, querendo, acolham.

Já a mediação de conflitos é uma técnica; um método; uma abordagem; na qual um terceiro imparcial, sem poder decisório, auxilia e estimula os participantes a identificarem ou desenvolverem soluções consensuais para as controvérsias. Todavia, o que torna ou faz a mediação se apresentar como uma abordagem diferente dos outros métodos de tratamento dos conflitos, inclusive das demais técnicas como arbitragem e a conciliação? É que na mediação de conflitos admite-se consagrar o ser humano em sua inteireza (vontades e sentidos) e, ainda, reconhecer o seu papel de agente protagonista, ou seja, é "[...] um processo que faz ênfase a própria responsabilidade dos participantes em tomar decisões que influenciam suas vidas".[275]

Dessa forma, para mediar é preciso (re)conhecer o ser humano como um vivente complexo e, ainda, refazer o processo endógeno do ser humano como protagonista da sua própria história. A mediação reconhece o homem. E, ao fazê-lo, ela:

a) dinamiza a autodeterminação das pessoas;

b) incentiva o diálogo;

c) resgata a alteridade;

---

[274] MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 120-123, jul./set. 2009. p. 122.

[275] FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflictos. México: Limusa, 1996. p. 27.

d) potencializa a carga dinâmica afetiva do cidadão como um ser vivente e complexo.

A mediação é uma abordagem cujo desenvolvimento admite trabalhar o ser humano em todas as suas questões, interesses e sentimentos, ou seja, examiná-lo em sua inteireza conflituosa para buscar um acordo ou para dar sustentabilidade às suas relações sociais.[276]

Em uma definição jurídica de tratamento dos conflitos, a mediação representa uma técnica em que o terceiro neutro (mediador), sem poder para impor sua decisão, auxilia as partes a alcançarem o acordo mutuamente aceitável, cuja formulação incorpora o caráter consensual e a voluntariedade na disputa. Para que isso aconteça, o estabelecimento de canais de comunicação e linguagem não violentas é uma condição indispensável para encontrar soluções que satisfaçam os interesses de ambas as partes.

Com o escopo de dar cientificidade ao mecanismo da mediação de conflitos, explicam Álvarez, Highyon e Assan que a mediação constitui um procedimento de resolução de disputas flexível e não vinculante, no qual um terceiro neutro – o mediador – facilita as negociações entre as partes para ajudá-las a chegarem a um acordo.[277] Egger salienta que a mediação constitui um recurso eficaz na solução dos conflitos originados de situações que envolvam diversos tipos de interesses, pois "[...] trata-se de um procedimento confidencial e voluntário, em que a responsabilidade pela construção das divisões cabe as partes envolvidas".[278] A mediação se encontra em um processo de comunicação entre as partes com a ajuda de um mediador imparcial, procurando que as pessoas envolvidas em uma disputa possam obter, por si, um acordo que permita restaurar o bom relacionamento e dar por acabado, ou pelo menos atenuado, o conflito.

A mediação como modalidade de intervenção de terceiros no tratamento de situações ligadas a direitos disponíveis[279] (que podem ser negociados livremente pelo titular) pode ocorrer no interior de uma instituição (mediação judicial ou institucionalizada) ou no bojo de uma

---

[276] FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflictos. Cidade do México: Limusa, 1996.
[277] Texto riginal: "La mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculantes, en cual un terceiro neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo". ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. Highton; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.
[278] EGGER, Ildemar. **Mediação comunitária popular**: uma proposta para além da conflitologia. Florianópolis: UFSC, 2008a. p. 51.
[279] Explicam Gabbay, Faleck e Tartuce que podem ser objeto de mediação ainda que o direito seja, em alguma medida, indisponível, para que haja o reconhecimento unilateral do direito do outro. Ademais, ressaltam que, muitos direitos podem ser denominados indisponíveis quando, em realidade, têm aspectos quantitativos negociáveis, tal qual se verifica, por exemplo, em demandas ambientais e direito de família. GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

comunidade (mediação extrajudicial ou comunitária) escalada em diversas áreas (cível, trabalhista, penal, empresarial, entre outras), mas sempre com vistas a refazer os laços sociais em nível interindividual (micromediação) e em nível social (macromediação).[280]

Além disso, apresentam-se os seguintes princípios fundamentais da mediação e antagônicos com a estrutura do processo civil:

i) autonomia das partes: elemento fundamental do direito privado, a criação da autonomia privada foi uma criação liberal na qual as relações sociais dependiam da vontade soberana das partes como espaço da ausência plena de intervenção do Estado.[281] Nesse sentido, considerando que a imposição de uma decisão pela autoridade do Estado-juiz nem sempre esgota o tratamento adequado pelo conflito, opta a mediação de conflitos por valorizar a autonomia dos sujeitos em torno do bem comum.[282] Em especial, a autonomia garante que os envolvidos tenham participação ativa no percurso do procedimento, podendo decidir se participarão da mediação, quais serão as regras do procedimento, quais os temas serão abordados e qual o momento da interrupção. Ademais, na mediação, diferentemente do processo judicial, o facilitador nada impõe às partes, que trabalharão em conjunto para a construção de uma solução criativa que considere os interesses de todos. A autonomia da vontade das partes devolve ao cidadão a oportunidade de dar-se conta que pode decidir seu próprio destino. Ao lado da autonomia, destaca-se o princípio da autodeterminação, que significa o reconhecimento de que a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, seja tida como soberana[283]. O princípio da autodeterminação encontra-se presente em leis como, por exemplo, da Argentina, que disciplina a mediação compulsória antes da instauração do processo judicial. No Brasil, o tema ganha relevância nas ações de família, na medida em que o Código de Processo Civil disciplina, no art. 695 que,

---

[280] SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barborsa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
[281] FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e da conciliação**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242941/000939980.pdf?sequence=3. Acesso em: 8 out. 2018.
[282] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[283] TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 77-91.

tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, ou seja, o artigo conota a obrigatoriedade do magistrado em marcar a sessão de mediação para composição de litígios familiares. A ideia, basicamente, é que existe a compulsoriedade da mediação, mas, no momento de produzir-se o acordo, o cidadão é livre (ou melhor, possui autodeterminação) para se submeter ou não ao pactuado. Dessa forma, em que pese o cidadão não poder escolher se deseja ou não se submeter ao processo de mediação, a ele se assegura a capacidade de escolher (decidir) entre as possíveis alternativas durante a mediação.

ii) informalidade: a sessão de mediação, embora possua entre seis e nove estágios (fases ou etapas), apresenta procedimento informal no sentido de não operar com regras fixas, cuja não observação acarreta preclusão ou intempestividade – tendo em vista que a abordagem da mediação pretende facilitar o diálogo para fins de transformar as relações ou chegar a um acordo deve privilegiar um ambiente de conforto, descontração e relaxamento às partes, sob pena de se manter análoga aos critérios formais do processo judicial.[284] A mediação se desenrola por meio de conversas entre as partes com a contribuição de um terceiro imparcial, que se vale de técnicas para clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas da interação.[285] Ainda que existam pautas e ações direcionadas ao mediador e aos participantes, não há um roteiro fechado a ser seguido. As ferramentas e as técnicas serão úteis quando empregadas com cautela, mas não se podem precisar o certo e o errado, em uma lógica reducionista;

iii) oralidade: o procedimento da sessão de mediação e todas as tratativas de solução da disputa serão feitos de maneira oral, ou seja, privilegiando-se a palavra oral em detrimento da palavra escrita, porque com tal prática é possível detectar os verdadeiros interesses, sentimentos e emoções das pessoas, bem como tornar mais célere o procedimento. Pela oralidade, é possível adquirir os sentidos da fala, a emissão de símbolos sonoros, a valoração pela entonação e a gesticulação, elementos indispensáveis para se trabalhar com a lide sociológica e os quais não são possíveis de serem verificados quando transcritos nos papéis;

---

[284] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[285] GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

iv) confidencialidade ou sigilo: é a garantia para os participantes de que as informações prestadas por eles durante as sessões não serão referenciadas, tampouco reveladas no processo judicial. Com o sigilo das informações, os participantes sentem-se mais à vontade para estabelecer um diálogo, pois, na hipótese de ausência de acordo, as tratativas não poderão ser empregadas em um futuro processo judicial. Dessa forma, o princípio da confidencialidade é essencial para a construção da confiança das partes perante o mediador e daquilo que poderão dispor na solução mutuamente satisfatória.

Desses princípios convencionais, fica claro que a mediação como método baseado no consenso, diferentemente do processo judicial, não deve "[...] concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação".[286] As partes devem estar dispostas a permitir que o terceiro entre na disputa para reestabelecer a comunicação interrompida entre elas, de modo que a aceitabilidade da qual envolve a consideração da presença do mediador e a voluntariedade, que dispõe a participação livre no acordo, são características inerentes ao método.

Da aceitabilidade, conjugada com o voluntarismo, a mediação devolve ao particular a responsabilidade pela gestão do conflito, fugindo das decisões prolatadas pelos juízes, por meio do código binário ganhador x perdedor e permitindo aos litigantes o comprometimento com o outro mediante a elaboração de acordos participativos.[287]

Além disso, a figura do mediador, que não é um juiz, porque não se posiciona acima das partes, tampouco julga, é de um agente neutro, que tem o poder outorgado pelas partes para se encontrar no meio, partilhando de espaço comum e participativo voltado para construção do consenso.[288]

O mediador é um facilitador judicial ou extrajudicial que, sem decidir entre quem está certo e errado, conduz o procedimento aplicando técnicas e ferramentas da comunicação, em uma linguagem não violenta, com o objetivo de fazer com que as partes envolvidas participem ativamente na busca das soluções – afinal, ninguém melhor do que os próprios participantes do conflito para saberem decidir por si. Conforme recorda Vezzulla, na mediação, como tudo deve

---

[286] SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-Jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. p. 317-318.
[287] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
[288] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.

acontecer entre as partes, o mediador é apenas a "[...] parteira que ajuda a dar à luz aos reais interesses que possibilitarão ao acordo ou transformação das relações"[289].

Enquanto no processo judicial tudo se orienta em torno da figura do juiz, que tem o dever de decidir quem ganha e quem perde a causa, na mediação, o movimento gravita entre os conflitantes que tratam as suas próprias demandas, ficando o mediador como um "ator" coadjuvante da história.

Portanto, embora trabalhada por diversos ângulos, de modo geral, convergem os autores no sentido de que a mediação é instrumento autocompositivo, e não adversarial, porque são as partes sem a rivalidade do amigo x inimigo que decidem as demandas sob a orientação de terceiro imparcial, podendo ser direcionados ao acordo – na mediação tradicional, linear ou facilitadora ou direcionados ao tratamento da relação interpessoal – na mediação transformativa, na mediação circular-narrativa e na terapia do reencontro ou do amor mediado, conforme descrito no próximo item.

3.1.1 Modelos de mediação: direcionados ao acordo – a mediação tradicional, linear ou facilitadora e direcionados ao tratamento da relação interpessoal – a mediação transformativa, a mediação circular-narrativa e a terapia do reencontro ou do amor mediado

O processo de tomada da decisão em uma mediação detém – ou pode deter – "[...] oportunidades infinitas de aprendizagem e mudanças de metas, dependendo o resultado, em parte, das intenções, da consciência e da flexibilidade dos envolvidos"[290] e, por isso, a responsabilidade de encontrar a solução para os conflitos jurídicos cabem aos próprios participantes, não podendo o mediador tomar ou influenciar a iniciativa pela busca do consenso, tampouco refletir sobre o protagonismo no processo de mediação.

Daí porque, de modo geral, embora existam diferenças fundamentais entre os diversos modelos de mediação, sobretudo na forma de conceituar a comunicação contida na relação e a importância atribuída ao acordo ou às relações humanos, convergem os modelos (escolas ou correntes), no sentido de que cabe ao mediador, antes de tudo, atuar somente como um agente facilitador, sem indicar, para os envolvidos, a solução para seus problemas. A figura central do

---

[289] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995. p. 44-45.
[290] RISKIN, Leonardo. Tomada de decisão em mediação: o novo "gráfico antigo" e o sistema do "novo gráfico novo". *In*: AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado Barbosa (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 129-170. p. 130.

mediador representa a postura dialética, no sentido de gerenciar as ferramentas e as habilidades para fins de criar um ambiente confortável, no qual os próprios conflitantes avancem nas suas reflexões negociais.

Ademais, a disputa, o conflito e a negociação envolvem três esferas diferentes: poder, regras e interesses. As três esferas, embora estejam sempre presentes, dependem da moldura analítica escolhida pelo mediador para tentar organizar e sistematizar a mensagem mais efetiva para o conflito.[291] Assim é que, teoricamente, existem quatro molduras analíticas, com distintas bases epistemológicas, que proporcionam quatro diferentes tipos ou modelos de mediação, conforme o sentido para qual o instituto seja direcionado pelo mediador:

a) mediação tradicional, linear ou facilitativa;
b) mediação transformativa;
c) mediação circular-narrativa;
d) mediação alternativa ou terapia do reencontro.

Pode-se enquadrar a mediação tradicional, linear ou facilitativa na moldura analítica do ato de mediar voltado para o acordo e as mediações transformativa, circular-narrativa e alternativa ou terapia do reencontro, na moldura analítica do ato de mediar voltado para a transformação da relação interpessoal.

Desenvolvida na escola de Harvard, a moldura analítica do modelo tradicional, também chamada de programa linear de negociação ou de mediação facilitativa, é a mais conhecida por contar com grande dedicação e divulgação de seus autores, em especial de Fischer, Ury e Patton, com a obra "Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões", lançada nos Estados Unidos em 1981[292], cuja premissa lançou base para divulgação da mediação vista como uma negociação, já que todas as relações interpessoais e, até mesmo, as organizações requerem tal prática.

A corrente está baseada em negociações que objetivam reconciliar os interesses, denominada negociação baseada em interesses *(interested-based negotiation*) ou negociação solução de problemas (*problem-solving negatiation*). Basicamente, o modelo fundamenta-se na comunicação linear entre os envolvidos, já que cada uma das partes expressa sua visão do

---

[291] GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
[292] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

conflito, enquanto o outro sujeito escuta a narrativa. Explica Marinés Suares que a "[...] função do mediador é ser um facilitador da comunicação para poder lograr um diálogo entendido como comunicação bilateral efetiva"[293].

Por consequência, a técnica aplicada por essa vertente é aquela na qual, já de início, a função do mediador é de estabelecer a ordem e permitir que pessoas expressem seus sentimentos (efeito catarse) para que, assim, evitem posteriores emoções capazes de entorpecer, mais adiante, o procedimento.

Nesse sentido, Boin Aguiar explica que o método valoriza a expressão das emoções já no início do processo, para que as pessoas se acalmem e consigam pensar melhor. Não se trata de trabalhar com os sentimentos das pessoas: é apenas um instrumento utilizado para que os mediados consigam extravasar todas as suas emoções.[294]

A moldura analítica da vertente compreende que os conflitos surgem porque as pessoas possuem diferenças e, à medida que o mediador consegue anular ou diminuir tais diferenças, é capaz, também, de aliviar o conflito por elas vivido. Em que pese o modelo trabalhe, inicialmente, com as emoções dos sujeitos, a meta não está direcionada para o tratamento ou a transformação das relações sociais, mas sim lograr êxito em firmar um acordo.

O acordo é possível pela aplicação do método da negociação baseado em princípios, consistente na separação das pessoas e do problema, concentração nos interesses, e não nas posições, na invenção de opções de ganhos mútuos e na aplicação de critérios objetivos para decidir as questões a partir dos méritos das pessoas, e não por meio do resgate centrado no que cada lado diz estar disposto a fazer.[295]

Ao pretender descobrir a causa do problema e obter o acordo, Suares argumenta que se trata na realidade de um "[...] não acordo, já que, em muitos casos, a parte se compromete a deixar de fazer algo que estava fazendo, porém não se produz nenhuma troca das relações; não se modifica a pauta de interação"[296]. Ao propor tratar apenas do ruído na comunicação entre os

---

[293] Texto original: [...] "la función del mediador es ser um facilitador de la comunicación para poder lograr un diálogo que es entendido como una comunicación bilateral efectiva" (tradução nossa). SUARES, Marinés. **Mediación**. Conducción de disputads, comunicación y técnicas. Buenos Aires; Barcelona: Paidós, 1996. p. 58-59.

[294] AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa**: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

[295] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

[296] Texto original: "[...] un no-acuerdo, ya que en muchos casos las partes se compromenten a dejar de hacer algo que estaban haciendo pero no se produce ningún cambio em la relación, y por lo tanto, al no modificarse la "pauta interaccional" (tradução nossa). SUARES, Marinés. **Mediación**. Conducción de disputads, comunicación y técnicas. Buenos Aires; Barcelona: Paidós, 1996. p. 58-59.

envolvidos com o fim de facilitar um acordo entre eles, a corrente não se preocupa em modificar as relações entre as pessoas, o que pode redundar no reaparecimento do conflito.

Em uma direção oposta, visando modificar a relação entre as pessoas e pretendendo extrapolar a ideia da simples resolução da controvérsia com um termo ou um acordo, destacam-se as teorias: transformativa, circular-narrativa e a terapia do amor mediado.

A moldura analítica do modelo transformativo, também desenvolvido pela escola de Harvard, especialmente pelos autores Bush e Folger, na edição da obra "*The promise of mediacion*"[297], entende a mediação como uma abordagem que permite a mudança na relação entre as pessoas, evitando-se, assim, que os conflitos ressurjam e que os pactos sejam descumpridos.

Para Bush e Folger, a mediação, ao ser usada para reforçar os processos institucionais de controle, perde seu potencial de promover e estimular as interações entre as pessoas, principalmente porque é baseada em uma percepção negativa do conflito.[298] A partir disso, a finalidade da mediação passou a ser proporcionar ao indivíduo a tomada da consciência da sua responsabilidade e do seu poder decisório na disputa e o reconhecimento do outro enquanto sujeito também de direitos e obrigações.

Precisamente, a concepção transformativa considera duas dimensões: o empoderamento (*empowerment*) das partes, vinculado à restauração e ao desenvolvimento nos indivíduos do senso de valor de que ele é um sujeito capaz de tomar decisões e de lidar com os problemas da vida[299] e, ainda, a dimensão da validação (*recognition*), que diz respeito à capacidade de as pessoas terem de se reconhecerem como indivíduos, promovendo a empatia.[300]

A meta preconizada pela mediação transformativa é empoderar e validar os sujeitos, a fim de que modifiquem suas relações interpessoais, pouco importando se o acordo é celebrado. Assim, se durante o procedimento o diálogo foi restaurado, ainda que não se tenha obtido consenso entre um determinado ponto litigioso, entende-se que a mediação alcançou seu objetivo. Portanto, na mediação satisfativa, a posição do facilitador é concentrar-se nas oportunidades que surgem durante o processo de mediação para estimular a autoconfiança e para produzir o reconhecimento entre as pessoas como seres semelhantes.

---

[297] BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. ed. rev. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.
[298] BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. ed. rev. San Francisco: Jossey-Bass, 2005
[299] BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. Ed. Rev. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.
[300] BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. Ed. Rev. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

A moldura analítica circular-narrativa foi desenvolvida por Sara Cobb, em seu artigo intitulado "A pragmática do protagonismo em mediação: uma perspectiva narrativa", no qual fundamentou que a mediação precisa estar atenta e valorizar às histórias explicadas em cada pessoa sob os critérios da coerência interna, fechamento descritivo e interdependência, porque é a partir das narrativas que se cria uma causalidade circular, na ideia de "[...] que não existe uma causa única que produza um determinado resultado, mas sim uma causalidade do tipo circular que se retroalimenta".[301]

Quando as descrições ou interpretações dos fatos narrados pelos sujeitos se mostram estáveis e centrados em si, a mediação pode intervir na construção de novas narrativas que desestabilizem aquelas rigidamente fixadas pelas pessoas. Daí porque, no modelo circular-narrativo, considerando o ponto de vista apresentado pelas partes, deve o facilitador buscar construir novos dizeres mediante a escuta e alternar o procedimento com perguntas de esclarecimentos e recontextualizações.

Explica Munuera que a mediação circular-narrativa se encontra fundamentada na chamada "psicologia do eu", em que o mediador se propõe facilitar a aprendizagem das funções do "eu" para estimular e orientar as partes a modificarem seu estado beligerante. Para o desenvolvimento disso, a abordagem reconhece a importância da "arte da conserva", ou seja, o processo conversacional da comunicação analógica (não verbal) e da comunicação digital[302] (verbal), deixando a obtenção do acordo de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência do processo circular e narrativo.

A mediação, sob a moldura analítica da terapia do reencontro ou do amor mediado, "[...] não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada"[303]. Construída a partir da teoria (contra) dogmática do direito, teve como um dos seus fundadores Warat, com destaque para sua obra "O ofício do mediador".[304] Baseada no direito da alteridade que emprega a ética da solidariedade, a mediação transformadora teria como ponto de partida o princípio da necessidade de reconstruir, com o outro, os significados das diferenças.[305]

---

[301] COOB, S. Einsteinian practice and Newtoian discourse: Ethical crisis in mediation. **Negotiation Journal**, p. 1991, p. 87-102.
[302] MUNUERA GÓMEZ, Pilar Munuera. El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. **Portularia**, Huelva, Universidade de Huelva, v. VII, n. 1-2, p. 85-106, 2007, ISSN 1578-0236. Disponível em: https://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf. Acesso em: 5 mai. 2018.
[303] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 34.
[304] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
[305] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

Ousada e transformadora, a mencionada vertente rompe com as análises institucionais de técnicas a serem aplicadas pelo mediador para obtenção de um acordo ou para transformação das relações. O modelo transcende a tais objetivos, porque não é exclusivamente jurídica, haja vista o trabalho das diferenças com o outro a partir de saberes transdisciplinares, como os da psicologia, em especial, a noção da psicanálise. Para o autor, inclusive, o "[...] papel do mediador é similar ao do terapeuta, pois se estabelecem vínculos transferenciais e contratransferências que exigem uma postura similar ao do psicanalista".[306]

Ao inserir o conceito de sensibilidade na mediação, o autor apresenta essa abordagem como como uma terapia do reencontro mediado (TRM) ou de terapia do amor mediado (TAM), porquanto passa a ser entendida sob a lente de um procedimento psicanalítico, que visa "[...] ajudar as pessoas a compreenderem seus conflitos com maior serenidade, retirando deles a carga de energia negativa que impede a sua administração criativa e administradora".[307] Para tanto, é preciso reconhecer os efeitos de um trabalho simbólico e interpretativo para além daquilo que é pronunciado pelas palavras, buscando pistas na leitura da linguagem corporal e no afloramento da sensibilidade, a fim de identificar "[...] o desejo das partes, que se pretende administrar de modo mais produtivo, ou dos aspectos negativos do ego e da racionalidade, assim como as marcas do imaginário amoroso familiar".[308]

A partir dos modelos de mediação apresentados, conclui-se que a primeira moldura analítica serve para entender a mediação como uma abordagem que permite conduzir uma negociação entre as pessoas, a fim de que elas alcancem um acordo; a segunda moldura analítica concebe a mediação como um caminho para empoderar e validar as pessoas, a fim de que suas relações sejam transformadas; o terceiro modelo de mediação serve para conduzir as comunicações e descontruir as narrativas para que, também, suas relações sejam transformadas; no último modelo de mediação, a estratégia deve ser pensada além de termos jurídicos como uma atitude geral da vida ou como visão de mundo.

Das quatro correntes narradas, conclui-se que todas partem do mesmo princípio: a figura do mediador como facilitador de uma comunicação que, em algum momento, a relação interpessoal foi interrompida, precisando, assim, o diálogo ser resgatado e reconstruído para se chegar ao acordo (visão tradicional) ou para se modificar as relações (visões: transformativa,

---

[306] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 45.
[307] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 68.
[308] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 68-69.

circular-narrativa e terapia do reencontro ou do amor mediado), não se podendo admitir que uma vertente seja "a mais adequada" – até porque existem casos, segundo a própria natureza da controvérsia, em que será mais conveniente a aplicação de uma ou de outra moldura analítica pelo facilitador.

Além disso, a versatilidade da mediação, conforme o conflito apresentado, demonstra que não se está frente um conjunto de regras legais para a validade das técnicas ou da abordagem, sobretudo, que "[...] não há uma preocupação de agir conforme os preceitos legais, ou uma preocupação de engessar a prática da mediação tornando seu procedimento positivado"[309], existindo uma liberdade de agir do mediador no emprego das molduras analíticas e das partes no desenvolvimento da solução consensual.

Por fim, a par das diversas correntes apresentadas, o importante é compreender que a mediação representa, em última escala, uma *práxis* cuja moldura passa por um mesmo instrumento essencial e primordial, sem o qual não é possível desenvolver a mediação, que é a comunicação.

3.1.2 O ponto comum das "mediações": a comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos e o processo construtivo da linguagem

Negociar para acordar; empoderar e validar para transformar as relações; conduzir as comunicações; descontruir as narrativas para transformar as relações; reconhecer as diferenças e singularidades do outro para melhorar a qualidade de vida. Esses são os resultados pretendidos com a mediação, que podem variar conforme a moldura analítica adotada pelo mediador, comumente destacando-se a finalidade de buscar um consenso pelo acordo ou pela preservação do relacionamento em bases satisfatórias.

Entretanto, seja pelo objetivo do acordo ou pelo escopo do tratamento das relações sociais, todas as molduras perpassam pelo filtro daquela que talvez seja a maior finalidade ou o ponto comum das "mediações": a retomada da comunicação (ação que transmite uma mensagem) que, de algum modo, ficou interrompida entre os sujeitos. Somente com o resgate da comunicação, isto é, com o restabelecimento do diálogo (conversação entre duas ou mais pessoas) entre os participantes é que, então, será possível viabilizar um acordo ou transformar o relacionamento entre os envolvidos (ainda que disso não resulte um ajuste de vontades).

---

[309] DANIELSKI, Silvia Regina. **Mediação judicial**: um diálogo entre direito e afeto. Florianópolis: EMais, 2018. p. 39.

Assim, o ato ou efeito de comunicar, proveniente do verbo latino, *communicare*, serve para estabelecer ligação entre; pôr em relação ou contato; travar ou manter entendimento e conversação.[310] Em virtude da natureza complexa e multidisciplinar do fenômeno comunicacional que abrange variados símbolos verbais, interação e relacionamento social, transferência e transmissão de dados, estímulo de lembranças e reprodução do poder, a palavra comunicação, como orientação geral, possui múltiplos significados (vários conceitos subentendidos no seu termo).

Todavia, para fins desta pesquisa, caracteriza-se o processo de comunicação não como o ato do qual se ocupam jornalistas ou letristas, mas sim como um ato social natural e intrínseco às relações humanas, no qual um emissor elabora uma mensagem a ser recebida pelo seu destinatário. A comunicação como resultado entre duas ou mais pessoas dotadas de singularidade.

O papel da comunicação, cujo ápice de expressão é a linguagem, foi teorizada por Vigotski como mediadora da construção da realidade psicológica dos indivíduos. A linguagem é composta por signos que são bases sociais, históricas e culturalmente construídos de modo a facilitar a vida das pessoas em comunidade. São instrumentos utilizados para a modificação e criação do mundo.[311]

Apropria-se do conceito e do sentido mencionado pelo autor Berlo, o qual explica que comunicar significa partilhar; compartir com alguém o conteúdo de informações, tais como pensamentos, ideias, intenções desejos e conhecimentos.[312] O processo comunicativo é a situação na qual duas pessoas estão trocando ideias e exercendo funções comunicativas veiculadas, isolada ou associadamente a uma imagem, a um sentimento e a um consentimento.

Seguindo o mesmo entendimento, Mazza explica que, por via de um ato de comunicação, experimenta-se o sentido de uma comunhão com aquele para o qual se dirige, porque com ele se passa a ter algo em comum.[313] A comunicação acontece exatamente quando duas pessoas são como uma (ser como um), ou seja, são comuns, porque a partir disso a mensagem flui sem bloqueios, filtros ou ruídos.

---

[310] HOLLANDA, Aurelio Buarque. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
[311] VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[312] BERLO, David K. **O processo de comunicação**. Tradução: Jorge Arnaldo Fortes. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1972.
[313] MAZZA, Sidney. **A comunicação empreendedora**: como gerenciar conflitos no ambiente do trabalho. Porto Alegre: Nova Prova, 1996.

O ato de comunicação, conforme o esquema da teoria da comunicação e da informação de Lasswell, embora projetado para os níveis cibernéticos de aparelhos de produção de massa no público, é bastante esclarecedor no âmbito dos conflitos, na medida em que descreve que o modelo de comunicação depende de cinco questões fundamentais: quem (emissor), diz o quê (mensagem), por que meio de que ou quem (meio), a quem (receptor) e qual impacto (significado) que gera.[314]

Em uma representatividade do esquema da comunicação do mencionado autor, pode-se designar que o emissor é a fonte da emissão (indivíduo ou grupo); a mensagem é o conteúdo da comunicação correspondente aos sinais perceptíveis que estimularão o receptor; o meio é o canal que permite a transmissão da informação do emissor ao receptor (é a via de circulação das mensagens); o receptor é o destinatário que recebe a mensagem; o impacto é o efeito do processo de codificação e da consolidação dos signos identificáveis.[315]

Por isso, entende-se que o processo de comunicação humana apenas existe, realmente, quando se estabelece entre duas ou mais pessoas um contato psicológico, pois, segundo explica Minicucci, não é suficiente que as pessoas com desejo de comunicação se falem, se escutem ou mesmo se compreendam; é preciso mais. E esse "mais" ocorre quando as pessoas interlocutoras conseguem se encontrar ou se reencontrar nos pontos que lhes são comuns.[316]

Por mais que um indivíduo se esforce, não é possível que, em meio ao seu comportamento social, deixe ele de se comunicar por meio de uma atividade (palavra) ou por meio da inatividade (silêncio), transmitindo uma mensagem que tem o condão de influenciar outros sujeitos que, por sua vez, também responderão a essas comunicações com outras expressões.

Como toda comunicação é relacional, circular e interacional mediante a troca de mensagens, ela depende da interpretação (atribuição de significado) do ouvinte e, por isso, é de toda incompleta. Explica Warat que a "[...] linguagem é incompleta, não por referência a algo pleno e inteiro, mas pelo fato de que o simbólico está sempre em curso como uma plasticidade dos possíveis sentidos"[317], razão pela qual a interpretação das mensagens significa parcialmente o que o outro compreendeu, o que nem sempre se faz de modo eficaz.

---

[314] LASSWELL, Harold. A estrutura e a função da comunicação na sociedade. *In*: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. São Paulo: Companhia Nacional, 1948.
[315] GUITTET, André; AMADO, Guilles. **A dinâmica da comunicação nos grupos**. Tradução: Ana Lúcia T. Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
[316] MINICUCCI, Agostinho. **Relações humanas**: psicologia das relações interpessoais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
[317] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 48.

Entre o que uma pessoa fala (ou quer expor) e a outra escuta e interpreta, há uma lacuna, um hiato grande, capaz de gerar conflitos, cumprindo ao facilitador ajudar cada parte a compreender o que o outro realmente deseja expressar. O problema de comunicação gera um desvio no comportamento humano, já que qualquer que seja a duração do bloqueio na comunicação ele perturba a percepção que a pessoa tem de si e do outro, gerando mal-entendidos e ressentimentos.

A inevitabilidade de processos comunicativos ineficazes acaba por gerar, na sociedade, o procedente conflituoso. É a partir de uma comunicação interrompida ou mal interpretada que surgem diversas formas que pretendem lidar com o tratamento de conflito, com destaque, neste capítulo, para a abordagem da mediação e suas variadas correntes teóricas.

Durante a emissão de uma mensagem, podem ocorrer ruídos que acarretem reações inesperadas no receptor, tornando necessário reajustar a mensagem.[318] No reajuste da mensagem, encontra-se a função da mediação de conflitos. Independentemente daquilo que a mediação pretende projetar nos envolvidos (um consenso pelo acordo ou um consenso pelas alterações nas posturas combativas), ela tem como premissa teórica o dever de facilitar ou melhorar o processo comunicativo, em especial aperfeiçoar a transmissão de palavras, ideias, sentimentos enviados para outras pessoas e favorecer a percepção das reações emitidas pela outra pessoa.[319]

A mediação de conflitos funciona exatamente como um canal, um meio para romper as barreiras internas (aquelas que se encontram nas pessoas) e as externas (aquelas de linguagem) da comunicação, ou seja, serve para "higienizar" as

> [...] impurezas do ato comunicativo que se estabelece mal ou não se realizada entre duas pessoas que estão juntas, porque a mensagem foi recebida apenas em parte (filtragem), quando a mensagem é distorcida ou mal interpretada (ruído) ou quando a mensagem não é captada e a comunicação interrompida (bloqueio).[320]

Durante um conflito, as pessoas encontram-se em posições combativas e excludentes, fundamentadas em desejos de julgamento e imposição de culpas, procedendo-se aos obstáculos na comunicação. Os obstáculos à comunicação são os "barulhos" que se fazem negativamente presentes no processo comunicacional e, que, não raras vezes, dimensionam-se acompanhados

---

[318] BERLO, David K. **O processo de comunicação**. Tradução: Jorge Arnaldo Fortes. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1972.
[319] SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para os conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
[320] MINICUCCI, Agostinho. **Relações humanas**: psicologia das relações interpessoais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 50-53.

de outros e de outros ruídos, em uma espiral ou um círculo vicioso de ação e reação. Interpretar as ideias lançadas por parte de um transmissor e dela extrair um processo comunicativo eficiente de modo que seu receptor receba um produto comunicativo eficaz é o trabalho a ser desenvolvido durante a abordagem da mediação.

Identifica Serpa que, na mediação, a comunicação significa o proceder de técnicas ligadas ao clareamento da linguagem não explícita, do entendimento de emoções e de personalidades, do redirecionamento de mensagens truncadas ou lacunosas, para realizar o entendimento recíproco na troca das informações.[321] Vasconcelos denomina comunicação construtiva como sendo um conjunto de ferramentas, técnicas e habilidades que servem para identificar a real necessidade das pessoas e para gerar confiança e colaboração no trato dos inevitáveis conflitos da convivência humana.[322]

Para fomentar a comunicação construtiva e eficiente entre os participantes, o mediador deve empregar técnicas provenientes de conhecimentos específicos e práticos ligados a objetivos e metas que não se encontram nos manuais ou nos códigos de direito. São técnicas que visam estimular a conversação entre as pessoas, a elaboração de perguntas qualificadas, a escuta com atenção e colaboração para que sejam esclarecidos pontos importantes da controvérsia.

Ao empregar uma comunicação construtiva, o mediador restaura a confiança no outro e permite extrair do âmago do conflito a base do entendimento. Um dos métodos de comunicação – falar e ouvir – que pretendem produzir uma comunicação eficaz entre os envolvidos e que, apesar de não ter sido desenvolvido para esse fim, e muito aplicada na mediação, é a chamada comunicação não violenta (CNV), em alusão à filosofia de Ghandi (ou não violência) – referindo-se ao estado compassivo natural quando a violência houver se afastado do coração, elaborada por Rosenberg.[323]

Segundo Rosenberg, é da natureza humana gostar de dar e receber de forma compassiva. Todavia, embora as pessoas sejam "[...] naturalmente compassivas, culturalmente a linguagem nos desliga da nossa natureza intrinsecamente conectada à compaixão, levando ao comportamento de violência e de exploração dos outros"[324], ou seja, é na maneira como se fala

---

[321] SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para os conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
[322] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
[323] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.
[324] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p. 19.

e se ouve o outro que se encontra a chave para os problemas e as desavenças, pois as palavras, quando não bem empregadas, podem transmitir sentimentos de mágoa e de dor pelo conflito, residindo, nessa perspectiva, a importância da abordagem da comunicação não violenta para o desenvolvimento da mediação de conflitos.

Destaca Pelizzoli que a "[...] comunicação não é apenas jogo de signos e significantes, não é apenas falar, escrever e sinalizar, ideologia, não é um jogo gramatical e de léxicos, mas linguagem vital, e como tal, ambiente da vida humana como sociabilidade."[325]

Para a comunicação não violenta, recebe-se ou constrói-se uma comunicação que aliena o estado compassivo natural, que bloqueia a compaixão, pouco se conectando com o que e quando afeta.

Como retrata o poema de Ruth, as "[...] palavras são paredes, elas nos condenam ou nos libertam"[326] e, quando não são claras, tornam-se barreiras à comunicação, uma vez que comumente as pessoas em conflito utilizam uma linguagem que assume conotações de julgamentos moralizadores[327] e comparativos do tipo binário: quem está certo ou errado, quem é bom ou mau, quem é justo ou injusto, quem é melhor ou pior, quem está no plano da licitude ou da ilicitude, em uma dualidade que serve apenas para transferir aos outros responsabilidades que lhes são próprias.

A comunicação alienante empregada por Rosenberg é o reflexo de uma lógica de ação e relação divorciada dos verdadeiros valores, e o resultado de sociedades baseadas na hierarquia, no complexo de dominação e do fato de que as pessoas fazem julgamentos moralizadores (julgam os outros); fazem comparações (quem é o que, determinando os níveis de erro feitos pelos outros); negam a própria responsabilidade por seus pensamentos,

---

[325] PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012. p. 68.

[326] Poema de Ruth Bebermeyer intitulado "Palavras são janelas (ou são paredes)": "Sinto-me tão condenada por suas palavras, tão julgada e dispensada. Antes de ir, preciso saber: foi isso que você quis dizer? Antes que eu me levante em minha defesa, antes que eu fale com mágoa ou medo, antes que eu erga aquela muralha de palavras, responda: eu realmente ouvi isso? Palavras são janelas ou são paredes. Elas nos condenam ou nos libertam. Quando eu falar e quando eu ouvir, que a luz do amor brilhe através de mim. Há coisas que preciso dizer, coisas que significam muito para mim. Se minhas palavras não forem claras, você me ajudará a me libertar? Se pareci menosprezar você, se você sentiu que não me importei. Tente escutar por entre as minhas palavras. Os sentimentos que compartilhamos". Disponível em: http://obviousmag.org/intensidade_escrita/2016/10/comunicacao-nao-violenta.html. Acesso em: 11 ago. 2018.

[327] Nesse sentido, Marshall Bertram Rosenberg destaca que é importante não confundir juízos de valor com julgamentos moralizadores. Todos fazem juízos de valor sobre as qualidades que admiram na vida, por exemplo: pode-se valorizar a honestidade, a liberdade ou a paz e isso todos fazem, porque refletem o que se acredita ser melhor para a vida. Já os julgamentos moralizadores, referem-se às pessoas e aos comportamentos que estão em desacordo com os juízos de valor. Para mais informações: ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

sentimentos e atos e, ainda, fazem exigências para alcançar seus próprios desejos[328] e tudo isso estimula a cadeia reativa de conflito entre as pessoas.

A forma pela qual aprende-se a se comunicar – em uma linguagem rica de palavras que dicotomizam as pessoas e seus atos – causa indiferença e apatia entre as pessoas, de modo que elas passam a se comportar de maneiras que ferem os outros. Daí porque um princípio-chave da comunicação não violenta é a capacidade de se expressar sem usar julgamentos de bom ou mau, do que está certo ou errado. A ênfase é posta em expor sentimentos e necessidades, em vez de críticas ou julgamentos moralizantes. E, nesse sentido, o foco do mediador reside em captar as informações prestadas pelas partes, fazer o processo de "limpeza" das críticas e, com uma linguagem não ofensiva, parafraseá-las e transmiti-las à outra pessoa, para que essa compreenda as reais necessidades do objeto conflituoso.

A comunicação não violenta é uma técnica de linguagem que pode ser empregada pelo mediador com o objetivo de que sejam minimizados os atos de julgamentos (expressão assertiva deve girar em torno do sentimento, e não do julgamento), assim que, em vez de diagnosticar, apontar, resistir, defender-se ou reagir violentamente, as pessoas envolvidas passam por um processo de comunicação da linguagem da compaixão, isto é, concentrarem-se nas questões correspondentes ao: que você está observando; sentindo e do que está necessitando; o que você está pedindo para enriquecer a vida.

Em um esquema simplificado da comunicação não violenta, o processo de comunicação depende dos caminhos da intersubjetividade entre o "eu" e o "tu", a partir de quatro informações: observação (sem avaliação), sentimento (identificar e expressar os sentimentos), necessidades (assumir as responsabilidades pelos sentimentos) e pedido ou demanda (aquilo que enriquecerá a minha vida e a do outro).[329]

Na medida em que o padrão de comunicação é violento, acaba-se por adotar a violência como funcionalidade e, por isso, especificamente, o desenvolvimento da técnica da comunicação não violenta depende de saber ouvir e saber transmitir (falar); de como a pessoa se expressa e como recebe o que é transmitido por outro, ou seja, depende da seguinte ordem de informações:

---

[328] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.
[329] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

i) observar as ações concretas do "eu" e do "tu" (outro), ou seja, saber visualizar a situação: ambos os participantes devem observar os fatos sem acrescentar a eles qualquer avaliação (separar a observação da avaliação), porque, quando existem observações isentas de avaliações associadas, aumenta-se a probabilidade de que os outros ouçam a mensagem que efetivamente se deseja transmitir[330]. Esclarece Pelizzoli que observar ou se expressar adequadamente é uma questão de objetividade para alcançar aquilo que tanto se quer, razão pela qual é o ponto de partida para as demais etapas[331]. Essa primeira etapa – observação sem avaliação – é importante porque, quando ocorre um julgamento, as outras pessoas recebem a mensagem como uma crítica e resistem ao que foi dito, dificultando a negociação ou a transformação do conflito e, por isso, na mediação, o facilitador deve, a partir da observação daquilo que está sendo dito, extrair as reais necessidades das pessoas, não empregando linguagem rebuscada ou especulações gramaticais e lógicas;

ii) identificar e expressar sentimentos do eu e do tu (outro), ou seja, tomar consciência e saber transmitir o que se está sentindo: a exposição da vulnerabilidade pode auxiliar a tratar o conflito. Recorda Pelizzoli que essa etapa é a mais deliciada porque, como regra geral, a cultura brasileira não estimulou tampouco ensinou a transparência das emoções e dos sentimentos, ao contrário: expressá-los passou a ser visto como sinal de fraqueza. No entanto, voltar-se a reflexão para si e seus sentimentos é perceber que o outro até pode ser um estímulo para o sofrimento, porém não é o responsável pelo modo como se reage emocionalmente às situações conflituosas. Por isso, a comunicação não violenta insiste que na expressão dos sentimentos é útil a utilização de palavras que se referem a emoções específicas, em vez de palavras vagas ou genéricas que podem descrever inadequadamente o que se está sentindo. Essa segunda etapa – permitir que as pessoas expressem o que se sente – é importante, notadamente durante a mediação de conflitos, porque gera um maior grau de confiança e credibilidade no instituto – afinal, nesse ambiente, não é necessário omitir ou esconder os sentimentos, podendo-se operar com transparência em dizer o

---

[330] Marshall Bertram Rosenberg cita um exemplo de observação com avaliação e, compara-o com o exemplo de observação sem avaliação: "João vive deixando as coisas para depois (observação com avaliação) – João só estuda na véspera das provas". Outros exemplos podem ser encontrados em: ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

[331] PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012.

que se quer e o que não se deseja. Cabe ao mediador validar a situação experimentada pelos participantes e demonstrar, a partir de uma perspectiva positiva, que legitima a posição expressada pelos sentimentos para o fim de possibilidade que a outra pessoa avalie a oposição que ocupa e perceba também seu ápice de vulnerabilidade;

iii) assumir a responsabilidade pelos seus próprios sentimentos: deve-se compreender que as atitudes dos outros são estimulantes para as emoções, mas não a única mola propulsora. Ao receber uma mensagem, a pessoa pode se culpar, culpar o outro, escutar somente seus sentimentos e suas necessidades ou ouvir apenas os sentimentos e as necessidades dos outros[332]. No entanto, a espinha dorsal do processo comunicacional encontra-se na sensibilização da sua própria história e da motivação do outro, ou seja, somente quando a pessoa se ouve e escuta os outros é que aceita sua responsabilidade e reconhece as próprias necessidades. É preciso reconhecer as necessidades que estão por trás dos sentimentos e, ainda, entender que as expressões negativas ou ameaçadoras do outro estão coladas às necessidades não satisfeitas, de toda ordem, razão pela qual "[...] se não valorizarmos nossas necessidades, os outros também podem não as valorizarem"[333]. Por conseguinte, é preciso contatar as necessidades por meio da abertura de um pedido real, sendo o pedido a última etapa metodológica da CNV;

iv) saber elaborar um pedido: em especial, a parte mensageira precisa entender como emitir um pedido certo, expresso e determinado ao seu receptor – afinal, o que se deseja pedir ao outro é deveras importante para si e para o tratamento da discussão posta.[334] Conhecer o *locus* do pedido: saber expressar o que se está querendo e não o que não se está querendo é extremamente importante, porque, além de reforçar a linguagem positiva do pedido, afasta solicitações negativas que tendem a provocar resistências. Quando se faz um pedido com uma linguagem vaga, abstrata e ambígua, favorece-se uma confusão interna no outro e, nesse sentido, o pedido objetivamente exposto deixa explícito o que se definiu estrategicamente enquanto objetivo para solução do litígio. Explica Pelizzoli que "[...] se deve saber pedir o que se quer sem rodeios, sem desvios, mostrando aquilo que é importante na relação ou na

---

[332] PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012.
[333] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.
[334] PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012.

> comunicação; de igual modo, aclarar por meio de perguntas, confirmações, o que o outro quer".[335] Por vezes, muitas pessoas sabem o que desejam pedir, mas não sabem como pedir, outras pessoas sequer acessam com precisão as necessidades de ordem imaterial, colocando o foco na discussão.

Em razão da dificuldade em analisar, identificar os problemas e saber pedir as reais necessidades, as pessoas se valem dos representantes dotados de capacidade postulatória para, por meio da linguagem jurídica, legitimarem suas necessidades e transformarem seus pedidos sociais em exigências jurídicas. Ocorre que a linguagem jurídica constrói um discurso com uma parcela da "verdade", cuja narrativa engloba a invalidação, a indiferença e a não participação do outro, transformando o pedido social em exigência jurídica; em ordem; em mandado, pelo qual se usam frases no modo imperativo.

Em sentido contrário, no espaço informal da mediação, as memórias e os sentimentos dos conflitantes não são bloqueados, haja vista que se reconstituem diversas possíveis verdades conforme os participantes se ajustam ao reconhecimento afetivo da essencialidade e legitimidade do outro enquanto (co)construtor dos padrões relacionais. Desse modo, a argumentação jurídica é a "[...] barganha na qual cada qual procura explorar os pontos fracos do adversário, pretendendo alcançar maior vantagem cedendo o mínimo possível"[336]. Para estabelecer uma comunicação orientanda pela barganha mediada, é preciso afirmar a não culpabilidade e a responsabilidade relacional.

A coleta das informações e o mapeamento dos pedidos são tarefas a serem feitas pelo mediador ao longo de toda a sessão. Para que o facilitador consiga que a conexão aconteça, é indispensável que, durante o processo de mapeamento, não tenha ele o objetivo de tão somente confeccionar um banco de dados, repletos de informações, sem ligações entre si, mas que assegure a facilitação do entendimento entre os envolvidos, desarmando situações de violência em potencial e transformando-as em pedido real.[337]

Observando, sentindo, necessitando e pedindo são os quatro elementos da comunicação não violenta que se apresentam no gerúndio justamente porque são componentes que vão acontecendo ao longo da experiência; "eles são enquanto vão sendo" importantes métodos para

---

[335] PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012. p. 89.
[336] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 103.
[337] SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: uma solução judiciosa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

serem trabalhados ao longo da prática da mediação, viabilizando uma comunicação com compaixão natural, até então, interrompida entre os participantes.

A narrativa dos participantes durante a exposição das questões que os levaram até a formalização do conflito pode conter uma violência verbal, ou seja, em sua forma de expressar ou pedir algo, podem as partes agredirem-se verbalmente, cumprindo ao mediador converter a agressão em uma linguagem construtiva. Isso porque a comunicação humana, por meio da fala, depende do emprego especializado, por parte do mediador, do canal audiovisual (mensagens paralinguísticas ou vocal do "como" se fala em oposição ao "que" se fala): precisamente, a narrativa do mediador deve ser exposta ao longo de todo o processo mediante sinais vocais claros, objetivos, em um tom coloquial e com uma mensagem carinhosa.

O significado dos sinais vocais empregados não apenas pelos participantes, mas, principalmente, parafraseados pelo mediador, pode afetar drasticamente o processo de mediação do que se diz e de como se recebe a mensagem. A mesma frase dita em vários tons de voz ou com determinadas palavras enfatizadas pode transmitir mensagens muito diferentes, porque depende de como são inseridos os elementos paralinguísticos, como a latência (intervalo temporal de silêncio entre o fim de um enunciado e o início do outro), o volume (alto e potencial ou muito baixo), o timbre (qualidade vocal ou ressonância da voz produzida entre aguda, plana, oca e robusta), o tom e a inflexão (para expor sentimentos e emoções), a fluência (perturbações excessivas com expressões repetitivas), o tempo (mal se falar ou falar demasiadamente), a clareza (sem balbuciar ou impor sotaque excessivo) e a velocidade (rápido ou devagar).[338]

A maneira pela qual o mediador se expressa e ouve os participantes serve para transformar as violências em conotações positivas ou em processos de legitimação mediante o esclarecimento das motivações pessoais em relação ao conflito. É nesse ambiente compartilhado da mediação que Spengler esclarece que os "[...] sujeitos capazes de linguagem e ação devem se relacionar com algo no mundo objetivo, quando quiserem se entender entre si sobre algo na comunidade, ou conseguirem algo nas relações práticas".[339] Nesse sentido, para que as pessoas possam se relacionar com as demais, devem, cada uma por si, mas em concordância com todas as outras, saber observar, sentir, necessitar e pedir. Com a aplicação da comunicação não violenta na mediação, mapeiam-se as violações e os obstáculos da comunicação interrompida entre as partes e, por conseguinte, o mediador diminui os ruídos, as

---

[338] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.
[339] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012. p. 166-167.

interferências, os travamentos na comunicação que, culturalmente, são programadas com estratégias para combater o outro e, ainda, ajuda a construir uma linguagem de não diminuição das questões, dos sentimentos e das necessidades do outro, permitindo conectar o verdadeiro diálogo.

As práticas linguísticas revelam as perspectivas das tradições e dos costumes instituidores de significantes e de compreensão gramatical, via de regra, não neutras e violentas. Nos meios de tratamento dos conflitos, nos quais as pessoas iniciam em posições antagônicas e excludentes, revelando suas controvérsias baseadas em desejos de julgamento e castigo, o agir comunicativo e a linguagem não violenta se tornam a expressão interativa do consenso.

O ponto comum das "mediações" reside, especificadamente, na comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos: em especial, consiste em facilitar os bloqueios na comunicação e suavizar as vibrações de violências verbais mediante um processo construtivo da linguagem, ou seja, recuperar nas pessoas a capacidade do diálogo simbolizado em um dialeto não violento.

Entender o processo de comunicação e dele extrair os elementos para uma comunicação eficiente e construtiva são habilidades para vivenciar com melhor proveito a construção de consenso. A mediação pretende, desse modo, ao facilitar o processo de comunicação entre os envolvidos, estimular a habilidade das partes em se comunicarem com empatia e compaixão.

Desse modo, somente no diálogo sem julgamentos moralizantes ou na comunicação não alienante é que há real troca dos sentidos entre as pessoas, isto é, que existe verdadeiramente o diálogo, aquele que proporciona uma via de encontro com poder de humanizar, fundado na escuta e na conexão com o outro. O diálogo, sem frases rodeadas de culpa, depreciações, classificações de certo e errado, é a opção adequada para tratar de realidades conflitantes, porque prepara o campo intersubjetivo do encontro.[340]

Pragmaticamente, estabelecer um diálogo livre de coerção significa manter uma conversa entre duas pessoas, desde que sustentado por dois pilares: a escuta e a presença. Para tanto, um diálogo pode ser impulsionado por uma comunicação ampliada presente na escuta que leva em conta a centralidade nas pessoas, e não dos seus problemas. Além disso, fazer-se presente serve como meio para despolarizar as posições rígidas e como validação do espaço emocional e afetivo do outro.[341]

---

[340] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.
[341] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Todavia, para desenvolver a técnica construtiva do diálogo entre os participantes, "[...] como expressão da reciprocidade inter-humana, do encontro mútuo e da presença recíproca"[342], o mediador precisa estar inteiramente presente entre os participantes, assim considerando como meio de aceitação e confirmação dos dois polos envolvidos na relação para, assim, exercitar a escuta atenta e a empatia.

O papel do facilitador na mediação é estimular em si e nos envolvidos as práticas de habilidades ou competências sociais, tais como: ser um bom ouvinte (escuta atenta, ativa, sensível ou com total atenção) e conectar-se (ter empatia), para que os participantes cheguem ao lugar que possam reconhecer que já estava há muito tempo presente em si.

3.1.3 O resgate do diálogo por meio da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) e da empatia (encontro com o outro)

Antes de a pessoa se comunicar com outra, é preciso que ela observe, sinta, necessite e peça para si, ou seja, é indispensável que ela explore o que sente ou o que pensa e como expressará tudo isso por meio de mensagens verbais ou não verbais. Explicam Maldonado e Garner que os

> [...] códigos de comunicação (palavras, gestos, tom de voz) são determinados pelas características pessoais, pelos antecedentes culturais, pelo estado emocional do momento e o processo de transformar estes pensamentos em mensagens de comunicação é chamado de codificação.[343]

Acontece que, no caminho do diálogo a ser percorrido pela mensagem, várias distorções podem ocorrer, principalmente aquelas nas quais se atribuem significados pessoais às mensagens ouvidas. Nesse sentido, o diálogo eficaz encontra dificuldade de soluções em razão da falta de uma educação que respeite a diversidade cultural ou ideológica, que estimule a reflexão individual ou em grupo. Daí porque a codificação da comunicação torna-se a tarefa precípua do mediador. A comunicação é um agir prático voltado para a emissão de uma mensagem que expressa a subjetividade, na qual os indivíduos se construíram culturalmente e que, via de regra, traduz-se em uma linguagem alienante e violenta uns para com os outros.

Todavia, a comunicação orienta-se de várias maneiras, sendo que na literatura se mencionam duas interações cotidianas mais usuais do agir comunicativo: o discurso

---

[342] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012. p. 99.
[343] MALDONADO, Maria Tereza; GARNER, Alan. **A arte da conversa e do convívio**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

(enunciado) e o diálogo (conversa). Não se trata de perceber a comunicação e o diálogo como princípios afastados, mas sim com diferentes graus de profundidade. O caminho do diálogo perpassa pela comunicação, como uma primeira etapa, em que os indivíduos se conhecem, convivem, estabelecem confiança para, em um segundo momento, alcançar um estágio mais profundo de interação.

Descreve Rey que o discurso possui uma estrutura básica e está organizado em torno de crenças e pensamentos que servem como argumentos para chegar a um fim previamente estabelecido.[344] O discurso, compreendido sob essa perspectiva, "[...] não nega seu conteúdo formal, nem suas modalidades de orientação social, as quais representam as tendências de inscrição dos signos em universos históricos e sociais que são tanto heterogêneos como complexos".[345]

Nesse sentido, o discurso é, pois, aquilo que se verifica na perspectiva tradicional do processo judicial estatal, na medida em que serve para defender uma posição e reafirmar um poder, já que a relação do conteúdo e da forma está sempre associada à intenção individual do autor, ou seja, na "[...] enunciação (no discurso) o sujeito faz ser o sentido e o enunciado é o objeto cujo sentido faz ser o sujeito"[346]. O discurso eleva um ponto de vista autoral (um projeto consciente do sujeito) ao escolher um conjunto de códigos para marcar a posição e a intencionalidade de se chegar a um determinado objetivo.

O diálogo, por sua vez, explica Rey, é uma **c**omunicação bilateral que envolve vários interlocutores que vão alternando entre si nos papéis de emissor (locutor) e receptor, ou seja, é a interação entre duas pessoas em um espaço de conversa e convívio no qual o movimento de construção e desconstrução de ideias é dialético.[347] A maioria da interação social vale-se da conversação (do diálogo) que consiste, normalmente, em uma mistura de transmissão da informação de um lado, e da manutenção das relações com os demais sujeitos, de outro lado.

Derivada da palavra *logos*, diálogo significa dizer e falar. Ao mesmo tempo, sabe-se que quem diz algo quer produzir um significado e dar um entendimento ao seu pensamento e, por

---

[344] REY, Fernando Luís González. **Sujeito e subjetividade**: uma aproximação histórico cultural. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
[345] ZANDWAIS, Ana. O sistema da língua, o diálogo e o discurso. **Conexão Letras**, Porto Alegre, UFRGS, v. 11, n. 16, p. 95-107, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/conexaoletras/article/view/70357. Acesso em: 2 ago. 2019. p. 97.
[346] SOBRAL, Adail. Lugar social e sentido do discurso: um diálogo com M. Pêcheux a partir de F. Flauhault e da concepção dialógica de linguagem. **Revista Prolíngua**, João Pessoa, UFPB, v. 7, n. 1, p. 119-132, jan./jun. 2012. p. 119.
[347] REY, Fernando Luís Gonzales. **Sujeito e subjetividade**: uma aproximação histórico cultural. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

isso, a linguagem passa a ser a exteriorização do diálogo, o pano de fundo das comunicações. Disso advém a ideia de que o diálogo é uma construção que depende das relações sociais humanas e não exclui as posições contrastantes, ao contrário: faz constar todas as contradições, porque são os desajustes que enriquecem o debate.

No diálogo, há uma "[...] dinâmica de reciprocidade: um afeta e se vê afetado pelo outro, [...], portanto, longe de uma relação unilateral do estímulo-resposta ou da emissão-recepção, encontramos um movimento de reflexividade, de retroatividade".[348]

Tal sentido também é compartilhado por Zuben, quando estabelece que "[...] é na riqueza de um diálogo verdadeiro que se estabelece uma relação eu-tu, que tem como palavra princípio 'entre', pois é a base de uma relação"[349].

O "[...] diálogo é uma participação, na qual não se joga uns contra os outros, mas com cada um deles"[350], cuja *práxis* deve ser compreendida por intermédio da linguagem e a partir do entendimento do outro. Desde o diálogo Socrático, todos são criaturas imperfeitas e incompletas, razão pela qual a aproximação da "verdade" depende de comparar os fragmentos da realidade e ver como se encaixam. Sabe-se que foi Sócrates quem desenvolveu o método socrático, no entanto, o mencionado autor não deixou livros nem artigos escritos, motivo pelo qual a tarefa de registrar os diálogos de Sócrates foi assumida por seus alunos, sobretudo pelo seu discípulo Platão.

Um diálogo, nos termos socráticos, por exemplo, serve para experimentar o pensamento autônomo e crítico dos participantes para que eles, cultivando virtudes (como respeito, saber ouvir e aceitar críticas às posições), encontrem a resposta consensual para a pergunta inicialmente lançada.[351]

O diálogo socrático, por meio do exercício da maiêutica ou da arte de "partejar", que tem função aproximada das parteiras, haja vista que pretende ajudar os jovens no parto das ideias, tem como finalidade purificar a alma do interlocutor, ou seja, o intuito é purgar as opiniões falsas do saber, levando o interlocutor a reconhecer que nada sabe acerca do assunto em análise.[352]

Pelo discurso da maiêutica, Sócrates induzia uma pessoa, por seu próprio raciocínio, a chegar ao conhecimento ou à solução de sua dúvida e ainda, pela ironia, levava o seu

---

[348] FRANÇA, Vera R. Veiga. Comunicação e cultura: relações reflexivas em segundo grau. *In*: MARCHIORI, Marlene (org.). **Comunicação em interface com a cultura**. São Caetano do Sul: Difusão, 2013. p. 89-99. p. 91.
[349] VON ZUBEN, Newton Aquiles. Introdução. *In*: BUBER, Martin. **Eu e tu**. São Paulo: Centauro, 2004. p. 31.
[350] BOHM, David. **Diálogo**: comunicação e redes de convivência. São Paulo: Palas Athena, 2005. p. 20.
[351] MONDOLFO, Rodolfo. **Sócrates**. Buenos Aires: Eudeba, sem data.
[352] PLATÃO, T. **Diálogos**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: UFPA, 2001.

interlocutor a entrar em contradição, tentando, depois, demonstrar que seu conhecimento é limitado. Durante todo esse processo, formava-se uma conversa, um diálogo, afinal, como menciona Botelho, apenas "[...] existe diálogo quando há discórdia, mas uma discórdia sem fúria".[353]

Nesse sentido, se o discurso está para o processo judicial, o resgate do diálogo está para a mediação, porque a mediação é uma abordagem que admite captar todo o objeto, em conexão com a subjetividade humana, ou seja, permite extrair da realidade as contradições, as impressões e as vivências cotidianas do ser assim; ser pessoa na sua forma subjetiva, cujas características no seu modo de pensar, sentir e expor são singulares e, por isso mesmo, particulares, embora abertas ao contato com o outro. Nesse aspecto, Splenger considera que a mediação é a forma de facilitar a expressão do dissenso, definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um consenso comunitário.[354]

Assim é que, desde o diálogo em Sócrates, é perceptível que, não raras vezes, a mensagem que se propõe definir um determinado assunto chega a um fim incompleto, uma dificuldade que possibilita a investigação de prosseguir, em uma verdadeira aporia. No entanto, para que o diálogo possa produzir o confrontar das ideias – confronto aqui não no significado de beligerância, mas de produção da compreensão da particularidade do outro –, é preciso saber conectar-se e ouvir com total atenção.

Há um conteúdo não manifesto em muitas comunicações (verbais, não verbais e de atitudes), além de um conteúdo informativo, lógico, psicológico e latente, para os quais é preciso ter sensibilidade na audição para compreender. Ouvir é uma das mais importantes habilidades da comunicação e, embora todos ouçam bem, poucos escutam bem. Escutar é mais amplo do que o ato de ouvir, porque implica atenção, sensibilidade e reflexão não apenas ao que se está sendo dito, mas, principalmente, àquilo que não se está dizendo. Isso porque um indivíduo, durante a sessão de mediação, pode decidir não falar ou ainda ser incapaz de se comunicar verbalmente de maneira eficaz, embora continue emitindo mensagens sobre si mesmo e sobre os demais por meio de seu rosto, seus gestos e seu corpo, sendo necessário que o mediador esteja atentamente ouvindo tais mensagens não verbais. Explica Caballo que as mensagens não verbais possuem várias funções, entre as quais servem para: substituir as

---

[353] BOTELHO, José Francisco. **Vida simples**. São Paulo: Abril, 2015. p. 26-27.
[354] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

palavras, repetir o que se está dizendo, enfatizar uma mensagem verbal e, até mesmo, contradizer uma mensagem verbal.[355]

Os gestos visuais pretendem comunicar conceitos que não podem ser expressos em palavras, mas em experiências íntimas, emoções não racionais nos níveis mais profundos que exprimem tudo o que pode ser dito, mas não o é em razão de não serem simples reflexos de conceitos. Segundo esclarecem Guittet e Amado, a modalidade não verbal dos gestos, seja consciente ou inconsciente, intencional ou não intencional, "[...] pontua de mil e uma maneiras o curso do enunciado linguístico, porque seu impacto é imediato e dependente do tempo e do lugar".[356] O comportamento não verbal parece ter como principal função informar acerca dos afetos do emissor, sua atitude emocional, motivacional e cognitiva que serve de base à comunicação na interação emissor-receptor.

Desse modo, o código e a sintaxe definem a mensagem e, nesse sentido, para além dos sinais verbais, o mediador deve atentar-se aos sinais não verbais, como: olhares (contato visual), expressão facial, postura corporal, gestos, movimentos de pernas, pés e cabeça, distância ou proximidade, para, então, regular a interação entre as pessoas, bem como para interpretar de maneira mais confiável as informações que as partes pretendem transmitir.

O delicado balanço entre as mensagens verbais e não verbais ditas (isto é, o domínio do código simbólico da linguagem entre os participantes durante a conversação) depende da adequada aplicação da técnica da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) por parte do mediador. Aliás, a escuta ativa, mais do que uma técnica, é uma premissa para a função do mediador, tratando-se da observação permanente desse terceiro em relação à comunicação entre as partes, sem que exista, segundo esclarecem Sampaio e Braga Neto, "[...] associação de ideias a situações ou momentos por ele vivenciado, sem julgamentos e, sobretudo, sem despojar-se de sua realidade rotineira, a fim de escutá-las da forma e com a intenção em que desejam ser ouvidas".[357]

Nesse âmbito, escuta-se ativamente quando se mantém a posição corporal relaxada; quando se interessa e se incentiva a pessoa que fala; quando se mantém o contato visual durante o diálogo; quando se ouve sem interromper o interlocutor, razão pela qual se difere sobremaneira da tarefa de ouvir. O grande diferencial entre a escuta e o ouvir consiste na

---

[355] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.
[356] GUITTET, André; AMADO, Guilles. **A dinâmica da comunicação nos grupos**. Tradução: Ana Lúcia T. Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 26.
[357] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 56.

importância que se confere ao interlocutor, pois na escuta ele é o merecedor de atenção e respeito, ao passo que na audição aquele que fala se faz protagonista.

A escuta atenta tem como essência valorizar o outro, tornando-se um instrumento fundamental capaz de oferecer prontidão e tempo para valorizar as demandas e particularidades dos participantes. O ato de escutar atentamente implica "[...] compartilhar um momento e também buscar significados não só à mensagem recebida, mas à pessoa que transmite seu conteúdo fundamentado na relação de ajuda e interesse pelas suas necessidades"[358].

Também denominada escuta atenta, sensível ou com total atenção, a escuta ativa é própria da função do mediador, segundo uma abordagem transversal. Notadamente, Barbier aborda que a escuta sensível diz respeito ao caráter afetivo, empático e sem julgamentos, possuindo como elementos os seguintes itens:

> i) reconhecer a aceitação incondicional do outro, porque o ouvinte sensível não julga, não compara, embora compreenda sem aderir às opiniões dos outros;
> ii) não rotula socialmente fixando um papel, um *status* ou um *habitat* para cada pessoa, pois aprecia o "lugar" diferencial de cada um dentro de um campo de relações sociais;
> iii) inverte a atenção, pois reconhece o ser da pessoa dentro da qualidade complexa que ela detém.[359]

Nessa perspectiva, a comunicação atenta é uma atividade diferenciada de comunicação na área dos meios de tratamento dos conflitos, capaz de identificar na narrativa do participante suas dimensões cognitivo-afetivas, emocionais e culturais, que traduzem boa parte de sua biografia de vida e de seus recursos internos que precisam ser delicadamente percebidos e bem trabalhados pelo mediador.

Barbier também explica que o papel da escuta sensível começa por não interpretar, por suspender todo julgamento, pois "[...] procura compreender, por empatia, o sentido que existente em uma prática ou situação, segundo o algo mais. Escuta sensível aceita surpreender-

---

[358] BERTACHINI, Luciana. Comunicação de más notícias no processo terapêutico: o desafio de dialogar com sensibilidade a verdade dos fatos. *In*: BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (org.). **Encanto e responsabilidade no cuidado da vida**: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011. p. 103-126. p. 105.

[359] BARBIER, René. Escuta sensível na formação de profissionais de saúde. *In*: CONFERÊNCIA NA ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS DA SAÚDE – FEPECS – SES-GDF, 2002, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.barbier-rd.nom.fr/ESCUTASENSIVEL.PDF. Acesso em: 20 ago. 2018.

se pelo desconhecido que, incessantemente, anima a vida".[360] Desse modo, a escuta, realizada a partir das narrativas feitas pelos participantes, é um importante instrumento de expressão de conteúdos singulares das pessoas, porque possibilita identificar elementos, por vezes perdidos e que, por isso mesmo, são indispensáveis reconhecer e preservar durante todo o processo da mediação.

Em qualquer circunstância, portanto, o mediador está inserido no contexto em que o ato de comunicar vai além de simplesmente informar, devendo o facilitador saber lidar com as reações emocionais dos participantes, utilizando linguagem clara, evitando códigos, abreviaturas e discurso tecnicista. Ademais, o mediador deve saber sentir o universo afetivo, imaginário e cognitivo do outro para poder compreender de dentro suas atitudes, comportamentos e sistema de ideias, valores, símbolos e mitos. Tal competência refere-se ao escutar sensível de compreensão ao que está sendo dito sem influência de julgamentos ou juízos de valor. Sabe-se que quem escuta ativamente olha nos olhos do interlocutor, sem interrompê-lo durante sua fala, devendo o mediador demonstrar que está prestando atenção ao que é dito, ainda que não concorde com as expressões.[361]

O processo de escuta parece ser tão natural, no entanto, contradiz a realidade do processo judicial em função do contraditório que silencia a comunicação humanizada, retirando das pessoas seu papel participativo e protagonista das suas próprias decisões. Na cultura tradicional de tratamento dos conflitos pelo processo civil, a fala se confunde com o poder (tanto quem mais fala ou contradiz é aquele que melhor prova o alegado), e a escuta torna-se sinônimo de fraqueza. Tanto é assim que a resposta da sentença fica pronta a partir dos fatos e das provas, invalidando-se escutar as mensagens verbais e, principalmente, as não verbais, pois os elementos (como a empatia, o interesse e a compreensão dos sentimentos) são experiências que não aceitas no âmbito judicial.[362]

Ao contrário do processo judicial, na mediação de conflitos, as pessoas podem dizer o que sentem e são instigadas ao ato de escutar a necessidade do outro, tornando-se a escuta com atenção um reforço positivo para o acordo ou para transformar as relações, na medida em que as pessoas somente se entendem quando são efetivamente escutadas. O acordo ou a modificação

---

[360] BARBIER, René. Escuta sensível na formação de profissionais de saúde. *In*: CONFERÊNCIA NA ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS DA SAÚDE – FEPECS – SES-GDF, 2002, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.barbier-rd.nom.fr/ESCUTASENSIVEL.PDF. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 7.
[361] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
[362] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

nas relações somente mostra-se tangível no momento que aquilo que está guardado e omitido pelas pessoas vem à tona por intermédio de uma escuta atenta. O ambiente da mediação de conflito garante um espaço de escuta como lugar que pode transformar a subjetividade dos participantes e levar às mudanças pretendidas, atribuindo-se uma dimensão pedagógica, já que, ao escutar de forma empática, dá-se início a uma ação potencialmente transformadora de cuidado afetivo do conflito.

Portanto, escutar cuidadosamente é uma atribuição essencial do mediador, que leva em conta o drama e o sofrimento do ser humano em suas potenciais contradições, evitando que os participantes se desencorajem do ato de expor suas mensagens durante todo o processo de mediação. O mediador é um profissional que compreende a importância dessa atitude construtiva, "[...] pois não é pelo discurso, mas sim pela escuta ativa, apoiada em atitudes de acolhimento e conotações positivas que se constrói a credibilidade no procedimento de mediação"[363].

Nessa perspectiva, no desenvolvimento da dinâmica da mediação, o facilitador precisa saber ouvir com atenção, porque é a partir do cuidado na audição que se demonstra a aceitação do outro, consegue separar as questões, dos interesses e dos sentimentos, fazer um resumo e, ainda, extrair um *feedback* dos participantes para que eles reflitam acerca da situação conflituosa. Na escuta atenta, é possível demonstrar sobre o que se captou do sentimento ou do conteúdo essencial da mensagem enviada, transmitindo compreensão e crença na capacidade da própria pessoa resolver seus problemas, ou seja, com isso, a pessoa sente-se estimulada a expressar mais abertamente o que sente e pensa.[364]

A escuta com atenção, portanto, transmite compreensão e entendimento, faz a conversa fluir mais facilmente e naturalmente, pois a pessoa se sente à vontade, com maior confiança e proximidade, razão pela qual é uma ferramenta do mediador para si, ao mesmo tempo que é uma abordagem a ser aplicada entre os participantes.

No entanto, sabe-se que, durante a conversa entre os sujeitos, existem chaves verbais e não verbais, que implicam integração complexa e, por isso, antes de que as pessoas comecem a falar, ambas deverão "[...] indicar que estão prestando atenção, devem estar localizadas a uma distância razoável, dirigir os seus corpos ou suas cabeças em direção uma à outra e intercambiar

---

[363] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 164.
[364] MALDONADO, Maria Tereza; GARNER Alan. **A arte da conversa e do convívio**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

olhares"[365]. Fato é que, para exercer a função do mediador, esse fator cognitivo da escuta ativa é indispensável para o bom funcionamento da dinâmica da mediação. Todavia, esse elemento cognitivo da escuta atenta esbarra na hipótese de que as pessoas não são socialmente hábeis na conduta de interação dialógica de ouvir com atenção, o que impõe, por consequência, ao mediador servir como ponto de guia e estimular a prática do canal auditivo mediante rituais, apresentações e intercâmbios recíprocos de etiqueta.

Em geral, os relatos são parciais e não revelam, em princípio, integralmente as necessidades das pessoas. É preciso, nessa perspectiva, saber escutar com atenção, observando a postura corporal, os silêncios, extraindo da fala os julgamentos moralizantes e as linguagens alienantes, para identificar as emoções e compreender os verdadeiros interesses por trás dos sentidos. A escuta ativa implica: compreensão, validar o falar, atribuir sentidos aos gestos, aos movimentos, às posturas do corpo e ao silêncio, possibilitando respeitar o outro como legítimo sujeito de direito e enxergar na diferença a possibilidade de um resultado positivo, e não uma ameaça.[366]

Ouvir com total atenção significa dizer claramente à pessoa como você interpretou a mensagem que ela lhe enviou. Com isso, a pessoa percebe que você a está ouvindo atentamente e você receberá a confirmação ou o esclarecimento da sua interpretação. Ouvir ativamente é um processo que requer treino, consciência e disciplina – que, infelizmente, costumam ser elementos escassos em razão do processo educacional e das atuais multitarefas que retiram o foco e a atenção.[367]

De maneira geral, uma conversa ou um diálogo entre duas pessoas se perfaz como uma entrevista, cujas normas para se tornar um bom ouvinte reside em conhecer, segundo Minucci, três estágios:

---

[365] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006. p. 74.

[366] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Brasília: Justiça Comunitária; TJDFT, sem data.

[367] Explica Viviane Regina Mansi o motivo pelo qual a maioria das pessoas não são socialmente hábeis na arte de escutar atentamente: "Em geral, fomos educados, ao longo de muitos anos do ensino fundamental e médio, a ler informações no quadro negro e copiá-las no caderno. São poucas as lembranças de experiências dialógicas que vivenciamos para criar ou entender o significado das coisas. Adultos, quando essa capacidade de escuta nos é solicitada, precisamos começar do estágio mais rudimentar de escuta. A ciência dá uma explicação racional: como nossa capacidade de falar é menor do que nossa capacidade de processar o pensamento, quando ouvimos alguém, além de ouvir o que é dito, conseguimos ainda preencher o excedente com novos pensamentos". Para mais informações: MANSI, Viviane Regina. **Comunicação, diálogo e compreensão nas organizações**: narrativas de liderança. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Programa de Mestrado em Comunicação, Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2014. Disponível em: https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/12/VIVIANE-REGINA-MANSI.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018. p. 124.

> i) os sentimentos: na primeira etapa da conversa, o indivíduo precisa aliviar as tensões; é aquele momento emocional no qual um bom ouvinte deixa o outro expor, falar e desabafar livremente;
> ii) os fatos: depois que o indivíduo descarregou suas emoções, passa-se ao momento no qual ele expõe, em termos pragmáticos e lógicos, as informações acerca dos fatos;
> iii) as soluções: momento em que, aliviada as emoções e narrados objetivamente os fatos, passam a surgirem as reflexões e as soluções acerca da controvérsias.[368]

Minicucci ainda lembra que "[...] quando alguém está diante de um ouvinte receptivo, alivia suas tensões e descarrega sua agressividade"[369]. A comunicação adequada é aquela que reconhece a necessidade de a outra pessoa se expressar, uma vez que os participantes se sentem aliviados por terem tido, enfim, a oportunidade de expor à outra pessoa o que pensa e sente e, ainda, de essa outra pessoa escutá-los claramente.

Contudo, o processo de escutar atentamente e estimular a escuta atenciosa entre os participantes não é simples. Para estimular o processo de escuta ativa, o mediador deve estabelecer um canal de confiança no exercício da sua atividade, o qual depende de elasticidade no tempo e de se promover a empatia. Isso porque, como recorda Rosenberg, a capacidade de oferecer a empatia "[...] desarma situações de violência em potencial, ajuda a ouvir a palavra não sem tomá-la como rejeição, reviver uma conversa sem vida e até a escutar os sentimentos e necessidades expressos através do silêncio".[370]

A empatia, segundo o conceito popular, é calçar os sapatos dos outros (*in your shoes*)[371], sendo considerada empiricamente como uma "[...] competência ou uma parcela da inteligência emocional do ser humano"[372], que serve para desenvolver a consciência social, geralmente associada à noção da arte de se colocar no lugar dos outros ou como a capacidade de entender os sentimentos e as necessidades alheias.

Derivada da palavra grega na seara filosófica *empatheia*, corresponde a estar dentro, partilhar e viver "com" e "como" o outro o seu *pathos,* isto é, seus sentimentos e pensamentos que significam paixão e afeto. Historicamente, o termo que mais se aproxima do significado de

---

[368] MINICUCCI, Agostinho. **Relações humanas**: psicologia das relações interpessoais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
[369] MINICUCCI, Agostinho. **Relações humanas**: psicologia das relações interpessoais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 70.
[370] ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p. 177.
[371] Expressão cuja tradução literal é "nos seus sapatos".
[372] Segundo Daniel Goleman, inteligência emocional é a combinação das inteligências interpessoal e intrapessoal, que envolve a capacidade de reconhecer os próprios sentimentos e os dos outros, de se motivar e de gerir bem as emoções pessoais e das relações, pela qual se destaca positivamente a capacidade empática. Mais informações: GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 57.

empatia é o *einfühlung*, introduzido, em 1897, pelo psicólogo alemão Robert Visher, cujos trabalhos sobre percepção e apreciação estética expõem a tradução de "sentir-se dentro".[373] Em termos técnicos, revelados a partir de outras fontes de pesquisa, como o "Dicionário da psicologia", a palavra empatia é sinônimo de "[...] participação afetiva no funcionamento psicológico do outro, permitindo captar a sua experiência vivida".[374] Ainda, na seara conceitual, a empatia diz respeito à disposição funcional das pessoas para as trocas de experiências expostas de maneira incondicional em relação ao outro, "[...] podendo ser definida como uma resposta afetiva de origem evolutiva da forma mais apropriada frente à situação do outro do que da própria pessoa".[375]

Precisamente, colocar-se no lugar do outro é uma competência desenvolvida em demandas afetivas, como a capacidade de apreender e compreender o sentimento e a perspectiva da outra pessoa, articulando o aspecto cognitivo, afetivo e comportamental, ou seja, é a habilidade de entender o foco afetivo-cognitivo das reações emocionais da outra pessoa e demonstrar essa compreensão por meio de comportamentos comunicacionais.[376]

Sob o ponto de vista do contato profundo e afetivo entre as pessoas, Freud, em um aporte psicanalítico, já apontava a empatia como o processo "mimético ideacional", no qual se colocar no lugar de alguém se trata de uma perspectiva natural, interna e individual de observação e repetição de movimentos.[377] Tanto é assim que a constituição do "eu" com o "outro" ocorre no período inicial de vida da criança no ambiente interacional do seio familiar e da rede de convivência (amigos), pois, desde a mais tenra idade, a criança é sensível a tais manifestações: "[...] ela expressa, através de recursos fisionômicos, gestuais, posturais e rítmicos, seus estados de sensibilidade afetiva, e é capaz de percebê-los nos outros que lidam com ela".[378]

Também pela abordagem da psicologia, mas desenvolvida sob o manto do tratamento terapêutico interpretativo, Rogers definiu, entre as condições necessárias para a construção e a facilitação do processo entre o terapeuta e o paciente, a compreensão empática. Nesse conceito

---

[373] DEL PRETTE, Zilda A. P.; DEL PRETTE, Almir. Habilidades sociais: uma área em desenvolvimento. **Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 2, p. 233-255, 1996. p. 235.
[374] PESTANA, E; PÁSCOA, A. **Dicionário breve de psicologia**. Lisboa: Presença, 2002. p. 70.
[375] CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos; CAMINO, Leôncio; LEYENS, Jacques-Philippe. Julgamento moral, emoção e empatia. *In*: TRINDADE, Zeidi Araujo; CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos (ed.). **Cognição social e juízo moral** (Coletâneas da ANPEPP). Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Psicologia, 1996. p. 109-135. p. 110.
[376] DEL PRETTE, Zilda A. P.; DEL PRETTE, Almir. Habilidades sociais: uma área em desenvolvimento. **Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 2, p. 233-255, 1996.
[377] FREUD, Sigmund. As perspectivas futuras da terapia psicanalítica. *In*: FREUD, Sigmund. **Edição standard das obras psicológicas completas**: volume XI. Tradução: Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969.
[378] DEL PRETTE, Zilda A. P.; DEL PRETTE, Almir. Habilidades sociais: uma área em desenvolvimento. **Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 2, p. 233-255, 1996. p. 235.

de compreensão empática, o profissional, na primeira etapa durante a terapia, desempenha um papel mais ou menos passivo de intervenção mínima no direcionamento da conversa (proposta de neutralidade do profissional) para o fim de compreender os sentimentos apresentados pelo paciente e, com isso, colaborar para a obtenção de um ambiente terapêutico.[379]

A abordagem da relação psicoterapêutica não diretiva e centrada no cliente, cujo objetivo "[...] não é resolver o problema particular do paciente, mas colaborar com o indivíduo para que ele possa desenvolver de uma forma mais integrada e por si as soluções"[380], em muito se assemelha ao vínculo que deve ser desempenhado pelo papel do mediador com os participantes durante a sessão de mediação, que precisa ter, antes de mais nada, uma compreensão empática. Compreensão e aceitação passam a ser, primordialmente, consideradas pelo mediador no sentido de se conectar com o participante e estimulá-lo a falar livremente, permitindo que a pessoa assuma a maior parte do percurso da conversação de seus problemas e, assim, evolua gradativamente na relação mediada até um nível mais profundo de entendimento.

Stein, filósofa e teóloga alemã, é quem se apresenta como a literatura de referência no estudo da empatia na primeira metade do século XX. A autora reconhece na empatia um valor ético e ontológico, na medida em que é por meio dessa competência que se aprende ou apreende a experiência subjetiva do outro (sentir com ou como se fosse o outro), sem perder, no entanto, a individualidade. Há uma relação recíproca porque se sente a existência de outro ser humano, como se fosse eu. É uma apreensão de semelhança, e não de identidade: "[...] eu percebo que somos dois, que o outro não é idêntico, mas semelhante a mim. Nessa relação, reconheço que o outro é 'outro como eu' e procuro entender o que há dentro desse outro".[381]

Dessa forma perceptível que a definição da competência social empática é parcialmente mutável no contexto histórico, embora o comportamento empático possa ser mensurado segundo a escala desenvolvida por Davis e conhecida como Escala Multidimensional de Reatividade Interpessoal (EMRI). A EEMRI indica que as habilidades empáticas se dividem em:

---

[379] ROGERS, Carl R. **Terapia centrada no cliente**. Tradução: Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
[380] FONTGALLAND, Rebeca Cavalcante; MOREIRA, Virginia. Da empatia à compreensão empática: evolução do conceito no pensamento de Carl Rogers. **Memorandum**, Belo Horizonte; Ribeirão Preto, UFMG; USP, v. 23, p. 32-56, out. 2012. Disponível em: https://seer.ufmg.br/index.php/memorandum/article/view/9341. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 33.
[381] STEIN, Edith. **Sobre el problema de la empatía**. Madrid: Trotta, 2004. p. 49.

i) experiência cognitiva[382]: percebida por meio da subescala da angústia pessoal quando um indivíduo imagina o sofrimento de outrem;
ii) experiência afetiva: acessada por meio da subescala da consideração empática[383], cuja ideia é a relação aos sentimentos dirigidos aos outros e a motivação para ajudar pessoas em situações de necessidade;
iii) tomada de perspectiva[384]: mede o nível de o indivíduo se colocar no lugar de outras pessoas, reconhecendo e inferindo o que elas pensam e sentem.[385]

Desse modo, a empatia é uma área de estudo de grande complexidade interdisciplinar, com contributos que vão desde a psicologia à filosofia, mas sempre deixando claro que seu conteúdo pode ser visto como um fenômeno predominantemente cognitivo, enquanto também um processo primordialmente afetivo. No entanto, para fins desta tese, a empatia abarca uma esfera multidimensional de componentes cognitivos, afetivos e comportamentais, ou seja, é a capacidade que permite à pessoa se descentrar de si própria para sentir as emoções do outro e inferir o estado interno deste, sincronizando, a partir disso, a experiência.

Nesse sentido, uma pessoa empática, teoricamente, terá a capacidade de

> [...] experimentar as emoções e/ou ter pensamentos que, supostamente, a outra pessoa estaria ou teria experimentado; bem como, ela adotaria o ponto de vista do outro, compreenderia suas motivações e necessidades e atribuiria atitudes e comportamentos ao outro.[386]

A competência emocional empática é a percepção do eu (autoconsciência) e do outro (consciência do outro), no sentido de observar ou experimentar um entendimento do que é sentido pela outra pessoa.

---

[382] Por exemplo: "[...] perco o controle quando vejo alguém que esteja precisando de muita ajuda; fico apreensivo em situações emergenciais etc.". FORMIGA, Nilton S. Os jovens e o reconhecimento da empatia: análise descritiva da reatividade interpessoal em jovens de diferentes contextos sociais. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 75-82, jan./jun. 2013. p. 77.
[383] Por exemplo: "[...] sinto compaixão quando alguém é tratado injustamente; quando vejo que se aproveitam de alguém, sinto necessidade de protegê-lo etc.". FORMIGA, Nilton S. Os jovens e o reconhecimento da empatia: análise descritiva da reatividade interpessoal em jovens de diferentes contextos sociais. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 75-82, jan./jun. 2013. p. 77.
[384] Por exemplo: "[...] imagino como as pessoas se sentem quando eu as critico; tento compreender meus amigos imaginando como eles veem as coisas etc.". FORMIGA, Nilton S. Os jovens e o reconhecimento da empatia: Análise descritiva da reatividade interpessoal em jovens de diferentes contextos sociais. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 75-82, jan./jun. 2013. p. 77.
[385] DAVIS, Mark H. **A Multidimensional approach to individual differences in empathy**. Disponível em: http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ICS/GNC/ArtigosGNC/AlexandreCastroCaldas/24_Da80.pdf. Acesso em: 21 ago. 2018.
[386] FORMIGA, Nilton S. Os jovens e o reconhecimento da empatia: Análise descritiva da reatividade interpessoal em jovens de diferentes contextos sociais. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 75-82, jan./jun. 2013. p. 76.

Daí porque a dinâmica da relação interpessoal por meio da empatia não é um estado de espírito como aquele visto na simpatia (emoção que se tem em relação ao outro sem, contudo, se incluir no estado afetivo), mas sim um processo, uma abordagem também pressuposta da função do facilitador. Isso porque a empatia permite, por exemplo, que o mediador adentre no quadro de referências internas dos participantes da mediação "como se fossem eles" e, desse modo, sem julgamentos, perceber quais são os reais interesses e como cada participante sente e reage, para, assim, retirar de ambos os participantes uma experiência comum que os leve para soluções próprias.

Trata-se de uma qualidade importante para a construção de relacionamentos e da credibilidade em qualquer interação, porque valida o sentimento das pessoas e as questões trazidas durante o diálogo. Assim, portanto, a função do mediador é ter intrínseco a si a competência social da empatia e, ainda, estimular que a pessoa se "coloque" uma na "pele" da outra para, reciprocamente, perceberem a perspectiva e o que é sentido e pensado, não a partir da sua perspectiva, mas sim a partir da estrutura interna do outro.

Todavia a empatia, reconhecidamente frequente desde os primeiros anos de vida, ao longo do desenvolvimento humano, sobretudo no atual tempo "líquido", marcado pela progressão da tecnologia e do mercado concorrencial, no qual nenhuma relação é feita para perdurar ao tempo, torna-se cada vez mais difícil de ser praticada. O individualismo indiferente ou o "autismo social"[387], na categoria teórica empregada por Daniel Goleman, impede o domínio da inteligência emocional a qual abrange as competências pessoais (autogestão) e as competências sociais (nestas, incluído o domínio da empatia).

Segundo Goleman, o domínio da competência social da empatia serve para "[...] apreender as emoções dos outros, compreender o ponto de vista deles e estar ativamente interessado nas questões que os preocupam"[388]; notadamente, é um exercício de reconhecer as fragilidades do semelhante que dependerá do contexto social no qual os indivíduos estão inseridos. Traduzindo, ao que parece, a empatia diz respeito em maior ou menor escala aos padrões de orientação cultural (síndromes culturais) do individualismo ou a tendência de uma dada sociedade ao coletivismo.[389]

---

[387] GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 68.
[388] GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 59.
[389] GOUVEIA, Valdiney V.; CLEMENTE, Miguel; VÁSQUEZ, Miguel Ángel Vidal. España desde dentro: el individualismo y el colectivismo como rasgos diferenciadores de las comunidades autónomas. **Sociedad y Utopia**: revista de ciencias sociales, n. 11, p. 167-179, maio 1998.

Os padrões que orientam a cultura do individualismo (valorizar a própria intimidade e obter recompensas) pouco espaço abrem para o exercício da empatia, enquanto os padrões que norteiam o coletivismo (potência por meio da cooperação e do compartilhamento de interesses comuns) admitem uma ampla margem para o encontro com o outro. Por isso, é pertinente considerar os padrões que orientam uma determinada cultura (se a partir do individualismo ou do coletivismo), porque, ao se adotar um ou outro padrão, as escolhas feitas pelos indivíduos também seguirão esse estilo, principalmente no que tange à escolha ou à busca pelo método para o tratamento dos seus conflitos.[390]

Nesse sentido, os padrões culturais, representados pelo individualismo e pelo coletivismo, levam as pessoas a perceberem e sentirem o mundo de modo diversos, atribuindo, inclusive, significados diferentes aos eventos da vida, ou seja, as "[...] percepções e os comportamento das pessoas nas culturas coletivistas são diferentes das percepções e do comportamento das pessoas em culturas individualistas".[391]

As variações ou diferenças de significados ajudam a entender a escolha social dos indivíduos pelos meios de tratamentos dos conflitos (processo civil ou mediação), porque a dimensão do poder, sob os vieses do individualismo, enfatiza o sujeito em uma relação vertical e privilegia a hierarquia, ao passo que o viés do coletivismo enfatiza o grupo em uma relação horizontal que privilegia a colaboração.[392]

Por consequência, na presença de um conflito jurídico, a capacidade de compreender a realidade afetiva e dinâmica das relações sociais fica oculta durante todo o desenvolvimento do processo judicial, ou seja, promover a empatia entre os envolvidos não é uma dinâmica própria de um padrão cultural que se revela intrinsecamente competitivo. De outro lado, a competência e o exercício da empatia é mais frequentemente admitida em sociedades marcadamente

---

[390] TRIANDIS, Harry. The many dimensions of culture. **Academy of Management Perspectives**, Nova York, v. 1. 18, n. 1, p. 88-93, fev. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238762441_The_Many_Dimensions_of_Culture. Acesso em: 21 ago. 2018.

[391] TRIANDIS, Harry. The many dimensions of culture. **Academy of Management Perspectives**, Nova York, v. 1. 18, n. 1, p. 88-93, fev. 2004. P. 90. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238762441_The_Many_Dimensions_of_Culture. Acesso em: 21 ago. 2018.

[392] TRIANDIS, Harry. The many dimensions of culture. **Academy of Management Perspectives**, Nova York, v. 1. 18, n. 1, p. 88-93, fev. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238762441_The_Many_Dimensions_of_Culture. Acesso em: 21 ago. 2018.

horizontais, cujo meio de tratamento dos conflitos admite a colaboração, como no caso da abordagem da mediação que desperta a atmosfera da intersubjetividade das pessoas.[393]

Nesse aspecto, Goleman explica que essa "[...] capacidade – de saber como o outro se sente – entra em jogo em vários aspectos da vida, quer nas práticas comerciais, na administração, no namoro, na paternidade e na ação política".[394] E por que não acrescentar: a falta dessa capacidade é também reveladora de comportamentos competitivos (via de regra, mais visíveis em sociedades cuja cultura valoriza e crê no individualismo), os quais levam ao bloqueio em saber ouvir e perceber a visão do outro e, portanto, conduzem à dificuldade de solução dos próprios problemas, necessitando, a partir disso, de um terceiro que decida categoricamente acerca das controvérsias.

Ainda que dentro de uma mesma cultura, o diagnóstico da empatia varia conforme os indicadores (como a idade, o sexo, a classe social e a educação), a compreensão do outro é em ações moralmente altruístas, sendo mais visivelmente percebida em sociedades culturalmente propensas à coesão, à autopercepção e à reciprocidade entre as pessoas, uma vez que, "[...] quanto mais as pessoas estiverem conscientes das próprias emoções, mais facilmente poderão entender o sentimento alheio"[395] e conseguem apaziguar o conflito gerado entre si.

Um olhar atento sobre a dimensão empática é que ela favorece a compreensão e a interpretação entre as diferentes visões de mundo, agregando formatação cognitiva, psíquica e afetiva entre as pessoas, pois à medida que a dor do outro passa também a ser a nossa dor, criam-se mais laços de aceitação e construção da biografia de vida de cada um. Além disso, a empatia contribui não apenas para o processo de ouvir, mas de escutar o que a pessoa está falando, procurando entender corretamente o que está sendo dito e, acima de tudo, perceber as características da pessoa para conhecê-la e melhor entendê-la.

Desse modo, a empatia, somada com a escuta atenta, fazem parte de um conjunto de competências indispensáveis para que o mediador exerça sua função de terceiro facilitador da comunicação interrompida e violenta entre as pessoas. Afinal, quando as palavras de alguém entram em desacordo com o que é transmitido por seu tom de voz, gestos ou outros canais não verbais, necessita-se de um profissional que evolua as competências interdisciplinares, como a empatia e a escuta ativa, para conduzir a dinâmica do procedimento técnico da mediação.

---

[393] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[394] GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 130.
[395] GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 130.

3.1.4 A dinâmica do procedimento técnico da medição e a busca pelo consenso

A abordagem da mediação de conflitos tem como objetivo facilitar a comunicação interrompida ou suavizar as mensagens violentas entre as pessoas, modificando a relação jurídica ou produzindo, conforme a linha teórica seguida pelo facilitador, um acordo. Não há por que se descrever, neste exato momento da tese, uma teoria geral a respeito da mediação de conflitos no sentido de detalhamento, passa a passo, do instituto. Até porque, a mediação, enquanto abordagem para o tratamento dos conflitos na sua natureza e, em sua gênese, não pode ser definida por normas jurídicas, ou seja, ela não está na lei, mas sim na "[...] linguagem comum das pessoas, na transdisciplinaridade, nas expressões espontâneas de sentimentos, interesses e necessidades dos mediandos, tendo como fundamentos iniciais a cooperação e a boa-fé".[396]

No entanto, a qualidade da mediação, especialmente no tocante ao desenvolvimento satisfatório das suas fases, depende das competências, das habilidades e, principalmente, das ferramentas comunicativas aplicadas apropriadamente pelo mediador. No procedimento da mediação, vigora a participação autônoma, responsável e democrática das partes no exercício do contraditório pleno, porquanto o que se busca é fortalecer e transformar as relações dos próprios envolvidos ou, até mesmo, a depender da escola seguida sobre a mediação, chegar a um acordo. Por isso, o procedimento da mediação, cujo fim é a busca pelo consenso, corresponde à ordem dos atos cronológicos, especialmente as etapas, as fases, os estágios ou os "ritos" para o desenvolvimento da relação horizontal e do diálogo entre os participantes.[397]

Embora a estrutura da mediação, conforme o progresso das concessões entre os envolvidos, admita a flexibilidade e a informalidade no procedimento, não havendo, *a priori*, falar-se em rigor nas etapas que, se não cumpridas levem à nulidade da técnica, há um "roteiro" mínimo que auxilia o mediador a seguir uma sequência de atitudes ou encadeamento de boas práticas, que vão desde os comportamentos iniciais até o fim da sessão, com ou sem a formalização do termo final de acordo.

Recorda Vasconcelos que essa observação acerca da dinâmica do procedimento técnico da mediação é importante, sobretudo, quando aplicável ao modelo de mediação direcionado à

---

[396] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 206.
[397] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

relação transformativa, pois, "[...] nela, mais do que nas demais abordagens, o mediador evita atitudes diretivas, não propõe regras prévias, deixa que os comportamentos fluam e construam seus próprios caminhos".[398]

Para efetivar a dinâmica do procedimento técnico de mediação, os sujeitos da relação passam por uma série de etapas que servem como bússolas, e não como mapas engessadas, na medida em que são variáveis conforme as circunstâncias do caso concreto e a função ou o modelo de mediação adotado pelo facilitador. Entretanto, de modo panorâmico, qualquer que seja a teoria que embase o modelo ou estilo adotado, todas as mediações apresentam similitudes. Mesmo que alguns tipos de mediações se restrinjam aos momentos básicos, cronologicamente adaptados ou não, todas as mediações apresentam alguns dos vários estágios, podendo-se identificar, no mínimo, seis etapas da dinâmica do procedimento técnico de mediação a serem executadas individualmente pelo mediador ou em conjunto com um comediador, consistentes, cada qual, com metas, tarefas e metodologias próprias:[399]

i) pré-mediação, planejamento ou preparação do ambiente para a mediação: como qualquer evento importante, tal como é a sessão de mediação aguardada pelas partes, deve o facilitador se preparar e planejar o circuito de toda a sua realização, pois, nos casos em que o terceiro facilitador é procurado pelas pessoas envolvidas nos conflitos jurídicos, "[...] foi dado um passo psicológico importante para uma resolução cooperativa"[400]. Isso porque a procura dos disputantes pelo auxílio de um terceiro mediador quer significar que ambos estão motivados e abertos para trabalhar com o conflito que os une.

Eleger um local para os encontros (reuniões ou sessões) em um ambiente formal de um escritório ou fórum serve para resolver disputadas judiciais simples, porém, em uma situação centrada nas relações das pessoas, requererá uma maior atenção, porque serão feitas diversas reuniões conjuntas e individuais. Daí a importância de o mediador realizar tarefas específicas no primeiro estágio de preparação do ambiente, tais como: prévio estudo do processo[401] para

---

[398] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 205.

[399] O número dos estágios ou das fases no procedimento técnico da mediação não é tema unânime entre os doutrinadores. Há autores que listam até nove estágios. No entanto, seguindo a orientação do Manual do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, optou-se, nesta tese, por abordar as seis fases conforme listadas nesse documento. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

[400] MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução: Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 83.

[401] Convém esclarecer que, a depender da linha teórica seguida pelo facilitador, existirão divergências quanto à preferência ou não no estudo prévio dos autos. Há quem entenda que é melhor fazer uma análise prévia da

construir credibilidade pessoal, institucional e processual, e preparar a sala de maneira confortável, a fim de produzir um ambiente agradável para que as pessoas se sintam relaxadas durante o desenvolvimento da sessão.

Além disso, a maneira como o ambiente é apresentado, via de regra utilizando-se uma mesa redonda, sem lugares pré-determinados, para que as partes não se sintam estigmatizadas como combatentes em sentidos opostos, serve para deixar clara a formação de um clima de confiança mais favorável às transações. A disposição da sala deve refletir o procedimento de mediação adequado: os protagonistas do conflito devem enfrentar o problema, e não enfrentarem a si, de modo que seja possível: as pessoas sentarem-se em ângulos retos, e não defrontes; o mediador deve se sentar no meio dos participantes, ou seja, a distribuição do mediador no meio das partes admite algum tipo de controle, e não reflete o exercício de autoridade.

No entanto, explicam Folberg e Taylor, que durante essa fase o melhor é dar preferência para que os participantes determinem onde desejam se sentar: se dispostos em círculos, é outra forma de conversação, porque a maneira de eleger os assentos pelos participantes é um valioso indício não verbal acerca das suas relações e atitudes, ou seja, do nível de tensão ou conflito que estão presentes.[402]

O primordial é não existirem posições ou lugares definidos que transmitam a sensação de oposição entre os envolvidos ou que expressem vitória ou perda, notadamente quando um sujeito se encontra em frente (em oposição) e contra o outro – que conota competitividade, embate e adversidade – e recordam a dinâmica do procedimento técnico do processo judicial. O lugar da reunião não deve ser um ambiente formal que rememora a disputa judicial, mas sim uma situação centrada nas relações, ou melhor, nos próprios participantes do conflito com o fito de desmistificar, do imaginário coletivo, a ideia de que o tratamento das controvérsias deve sempre vir regado de trâmites e de formalidades próprias do Poder Judiciário.

É necessário, neste momento, tomar conta de dois aspectos importantes a serem aplicados no ambiente físico das sessões de mediação: a comodidade e o controle. Por isso, é de responsabilidade do mediador chegar com antecedência às sessões, verificar as condições ambientais, providenciar papéis e canetas para as devidas anotações, recepcionar os

---

narrativa do conflito, sobretudo naqueles casos já judicializados, e há quem prefira que as teses (relatos) sejam feitas diretamente pelas pessoas durante a sessão, para que não ocorram influências e para que se deixem fluir da maneira mais fidedigna os contornos "reais" da controvérsia.

[402] FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflitos sin litigio. Cidade do México: Limusa, 1996.

participantes, de modo que esses fiquem confortavelmente lado a lado.[403] Além disso, particular atenção deve ser dada à substituição do tradicional pregão (chamada nominal dos participantes em tom alto e de modo formal) pelo cumprimento informal do mediador, tal qual um anfitrião faria em relação às pessoas convidadas, deslocando-se ao encontro das partes que aguardam a solenidade, para gerar um clima apto para mediar.

A ideia da pré-mediação ou de planejamento do ambiente é evitar que as pessoas imaginem estar presentes em um espaço estigmatizado do processo judicial, sendo elogiável, inclusive, dar particular atenção para as condições do ambiente, como limpeza, organização e conforto, porque a reunião desses três elementos prepara adequadamente o ambiente para introduzir a próxima etapa com a declaração oficial da abertura do procedimento.

ii) sessão conjunta inicial com a declaração de abertura: após o planejamento do espaço no qual serão desenvolvidas as sessões (conjuntas e individuais), passa-se para o encontro inicial e conjunto entre o mediador e os participantes para que, então, o facilitador explique no que consiste a mediação e apresente suas regras.

Os participantes, em geral, entram nos estágios de negociações em diferentes estados de tensão emocional: ansiosos para desabafarem sobre seus problemas, inquietos e na esperança da presença da autoridade do "juiz" e arredios na aquiescência ao "desconhecido" meio de tratamento da mediação. Desse modo, essa fase torna-se adequada para que o facilitador exponha as regras as pessoas que normalmente não conhecem e que deverão, desde o primeiro instante, tomar ciência e, ainda, obtenha das partes a sensação psicológica de sucesso, aceitação e segurança no procedimento.

Além disso, pode acontecer, principalmente naquelas sociedades cuja cultura é essencialmente baseada na sentença, que as pessoas não conheçam ou sequer tenham gozado de qualquer tipo de contato com a abordagem da mediação, razão pela qual, ao se submeterem a esse procedimento, ficam convencionadas a repetir os padrões comportamentais conhecidos das técnicas adversariais. Disso advém a importância dessa sessão conjunta ser o primeiro contato no qual o mediador deixa claro o funcionamento da mediação, apresentando-se como facilitador, explicando e diferenciando a mediação do processo judicial, informando sobre os princípios de imparcialidade, neutralidade e, sobretudo, confidencialidade, descrevendo pormenorizadamente as fases do procedimento, inclusive a possibilidade de serem feitas reuniões privadas, apontando as diretrizes comportamentais, colocando-se à disposição para

---

[403] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

responder dúvidas e recolhendo o compromisso das pessoas para, só então, começar a abordagem.[404]

A apresentação introdutória pelo mediador tem como marco oficial a declaração de abertura, que é vital para o estabelecimento de uma relação de conexão entre todos os participantes e que objetiva facilitar todo o restante do procedimento da mediação. É a partir da declaração de abertura que o mediador obtém a confiança, a cooperação dos participantes e fomenta a participação ativa no processo porque, segundo Folberg e Taylor, a forma como se inicia a mediação determina a quantidade de esforço que se requererá do facilitador para conseguir disposição e submissão das pessoas ao procedimento[405].

A declaração de abertura pelo mediador serve, portanto, para criar uma atmosfera de confiança, devendo a atenção do facilitador estar toda voltada para os participantes, sendo essencial que exponha, na sua apresentação, as boas-vindas e o seu nome completo, com um título profissional ou social para estabelecer um tom de credibilidade no procedimento. Ato contínuo será feita a apresentação também de cada participante, sendo oportuno o mediador agradecer a presença de cada um para que as pessoas reconheçam o valor da disposição da via consensual.

Após, em uma linguagem clara, serena e a mais informal possível, é psicologicamente importante que os participantes ouçam a definição sobre o que é a mediação e suas diferenças com o processo judicial, papel ou relacionamento de autoridade do facilitador e suas diferenças com o juiz, assegurando que todos os presentes tenham as mesmas informações, para minimizar os riscos de interpretações diversas. Especificamente, o mediador deve "[...] explicar às partes porque elas estão naquela sala e o que se propõem a fazer com uma breve descrição do que cada parte fará durante a sessão; o que o facilitador pode fazer pelas partes e o resultado potencial da mediação".[406]

Ademais, convém que o facilitador apresente imparcialidade, neutralidade e confidencialidade como princípios estruturantes de todo o procedimento, para que as pessoas sintam-se seguras de que não há, por parte do facilitador, conhecimento prévio dos fatos, envolvimento com quaisquer dos envolvidos ou preferência por quaisquer dos lados. Nesse aspecto, explica Vezulla que os clientes estão acostumados à solução adversarial e às

---

[404] Um modelo prático de ata de declaração de abertura pode ser encontrado na seguinte obra: GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[405] FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflitos sin litigio. Cidade do México: Limusa, 1996.
[406] MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução: Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 173.

desconfianças dela provenientes, de modo que, ao explicar a existência do sigilo e da imparcialidade, o mediador permite que as pessoas confiem nele enquanto profissional e se abram com franqueza para disponibilizar um diálogo.[407]

Por fim, deve ser obtida a adesão de todos quanto às regras do procedimento, em especial com reforço para que os mediados evitem abordagens desrespeitosas, que se escutem mutuamente (já que depois o outro participante será ouvido por igual tempo), sem interrupções, evitando-se palavras com conotações fortes, capazes de comprometer o clima colaborativo que se faz indispensável para o diálogo.

Resumidamente, na declaração de abertura feita pelo mediador, devem constar os seguintes elementos: boas-vindas e apresentação de todos; diferenças entre os procedimentos técnicos de tratamento dos conflitos; princípios norteadores; igualdades de oportunidades; responsabilidade de todos na construção de opções comuns.

iii) narração dos fatos pelos participantes (narrativas iniciais) e identificação (investigação) pelo mediador das posições, dos interesses (sociais), das questões (jurídicas) e das emoções que expressam os sentimentos dos participantes: uma vez que o objetivo do procedimento da mediação está definido e que foram feitas as apresentações e asseguradas as inexistências de dúvidas, é chegado o momento do mediador reunir as partes e convidá-las a falarem, de maneira individualizada, acerca da percepção sobre o conflito que as trouxe para a mediação. O início da narrativa em reuniões conjuntas, via de regra, ocorre pela parte que procurou pelo procedimento, embora os participantes são livres para combinar quem começará.

A exposição oral dos fatos promove a obtenção de dados fundamentais sobre as razões dos participantes, tendo em vista que cada pessoa expõe a sua perspectiva e a forma como se sentiu afetada por ela, formando-se uma valiosa oportunidade para expor algo diretamente a alguém com que não se estava conseguindo comunicar por conta de desgastes. Por isso, recomenda Vasconcelos que o mediador adote a postura de escuta ativa, solicite aos outros participantes apenas escutar, não interrompa os mediandos em suas primeiras narrativas e observe, sem julgamento, anotando apenas o essencial.[408]

A escuta com atenção compreende a mensagem por inteiro (verbal e não verbal), além de conduzir o diálogo com mais compreensão do que propriamente com a audição que se observa. Nesse momento, o diálogo será construído como um compromisso, em especial como

---

[407] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.
[408] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

um "[...] combinado entre os presentes; um pacto de conduta"[409], que permita cada participante falar, de maneira equânime, durante um tempo previamente delimitado para as partes, além de autorizar que o outro seja também escutado. Aflora a importância de se reafirmar as regras anteriormente aceitas do respeito mútuo e das competências sociais da conexão empática e da escuta ativa, como medidas qualificadas pela atenção e pelo interesse em entender a perspectiva da outra pessoa, sobretudo praticadas pelo mediador e instigadas nos participantes, de modo que um não interrompa e não seja interrompido pelo outro.

A condição de escutar com atenção é essencial em todo o procedimento, em especial nessa fase, porque é uma maneira de demonstrar importância ao que está sendo dito, porquanto, não raras às vezes, o que se escuta nem sempre se compreende e o que se compreende nem sempre se aceita, de modo que, quanto maior for a satisfação de cada parte ao ser escutada e compreendida, maior a probabilidade de que também escute o seu "oponente". A escuta com atenção, nessa fase, é primordial porque, em geral, as manifestações trazidas pelos participantes são parciais e não revelam integralmente as necessidades das pessoas, ou seja, as narrativas tendem a expor somente as posições (aquilo que as pessoas pretendem com os discursos, como expressões do tipo "eu quero ou não quero") e não os interesses (motivações, preocupações, desejos e expectativas) por trás dos conflitos.[410]

Nessa fase, enquanto as pessoas estão narrando de maneira espontânea cada qual sua versão do problema, também é o momento para se analisar os fatos, isolar os problemas, ou seja, é o estágio da chamada investigação ou identificação, por parte do mediador, de toda a inter-relação dos mediados, a estrutura em que ela está embasada e as diversas manifestações dos conflitos. Antes de o mediador facilitar as decisões consensuais, deve-se compreender a fundo quais são os problemas, as áreas de conflito e os espaços para os possíveis acordo, ou seja: "[...] o mediador precisa determinar a natureza dos conflitos ocultos e manifestos dos participantes, através dos seguintes critérios de evolução: localização e duração do conflito, intensidade dos sentimento e rigidez das posições".[411]

Um adequado procedimento técnico da mediação consiste não apenas em estabelecer uma boa comunicação entre os participantes, mas também em modificar completamente o

---

[409] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 101.
[410] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018.
[411] Texto original: "El mediador debe determinar la naturaleza de los conflictos ocultos y manifiestos de los participantes, a través de los siguientes criterios de evaluación: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto, y rigidez de las posiciones" (tradução nossa). FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflitos sin litigio. Cidade do México: Limusa, 1996. p. 63.

enfoque da situação conflituosa, o que significa que o mediador deve planificar sua estratégia para extrair dos participantes os problemas fundamentais, isto é, aqueles referentes aos interesses, e não às posições. Na prática, esse estágio significa tentar conhecer, mediante a escuta atenta e de observação, toda a complexidade da história narrada, incluindo a existência de pouca ou muita assertividade em relação à comunicação verbal, assim como em relação às expressões não verbais.[412]

Em especial, o mediador deve ficar livre para fazer as anotações que entenda pertinentes, principalmente destacando os pontos convergentes e os divergentes, identificando as questões (jurídicas), os interesses (sociais) e os sentimentos de cada participante. Isso porque existe uma diferença entre o que as partes querem e expressam (posições) e o que de fato necessitam (interesses) e que, na maioria das vezes, as informações prestadas pelos participantes são codificadas apenas por meio de posições.

Posições, interesses, questões emoções e sentimentos são um quadrante que deve ser extraído da narrativa dos participantes e que será, ao longo da sessão, trabalhado pelo mediador com o enfoque de modificar as relações ou ajustar um acordo. O aclaramento das reais necessidades é fundamental no processo de negociação, e seus resultados dependem da atuação ou do acesso do mediador às informações de interesses. Esse é, pois, um momento crucial e um dos mais difíceis da função do mediador, porque nos discursos dos participantes estão contidas as posições, ou melhor, estão velados os verdadeiros objetivos, razão pela qual o facilitador precisa pontuar as posições, resgatar os interesses sociais, as questões jurídicas e os sentimentos das partes envolvidas para melhor definir os caminhos da negociação.

Durante a sessão de mediação, o facilitador precisa estar atento aos sinais e ser "brando com as pessoas e duro com os problemas"[413], no sentido de separar as posições (aquilo que as pessoas expressam); os interesses (lide sociológica); as questões (posicionamentos jurídicos) e os sentimentos (relações e sensações íntimas), porque as pessoas se empenham rotineiramente na barganha posicional, revelam questões jurídicas e comportamentos sentimentais, mas pouco estão propensas na demonstração dos seus verdadeiros interesses, sendo esse o elo que conecta um compromisso bilateral com concessões mútuas.

Daí porque a solução conjunta dos problemas precisa estar centrada nos interesses dos participantes, e não nas suas posições. Segundo explicam Fischer, Ury e Patton, cada um dos

---

[412] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
[413] URY, William. **Supere el no**: cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas. Barcelona: Grupo Norma, 1993. p. 5.

lados toma uma posição, defende-o, e tenta, com o uso da força de vontade, impor que o outro altere sua posição e chegue a uma solução, porém, quando se utiliza o método de negociação baseado nas posições, tenciona-se o relacionamento entre as partes e deixa-se de atender a critérios básicos na produção de acordos sensatos e duradouros.[414]

As pessoas, ao longo da sessão de mediação, optam por questões de conhecimento cultural (ainda que sem a tomada de consciência), por uma barganha posicional e áspera na qual as emoções se misturam com os méritos objetivas do problema, discutem posições, de modo que um lado se curve à rígida vontade do outro, enquanto seus próprios interesses subjacentes são postos de escanteio. Esse tipo de negociação, fundamentado no convencimento da outra parte e na impossibilidade de modificar o pensamento inicial, até tende a aumentar a probabilidade no êxito do acordo, "insensatos", se registre, segundo os autores Fischer, Ury e Patton, na medida em que nutrem apenas o ego individual.[415]

No entanto, para além de acordos insensatos, a discussão, segundo as posições sustentadas pelas pessoas, coloca em risco a manutenção do próprio relacionamento, motivo pelo qual cumpre ao mediador separar as pessoas dos seus problemas, concentrar-se nos interesses, e não nas posições, instigar (sem induzir ou sugerir) uma variedade de possibilidades com base em critérios ou padrões objetivos. Centrando-se nos interesses de cada participante – as preocupações, as necessidades que subjazem e motivam as posições encontradas –, o mediador economiza tempo, energia e estabelece uma estratégia de penetração mais sólida no problema apresentado.

Especialmente a partir da narrativa das pessoas, deve o mediador captar suas posições para, posteriormente, aplicando técnicas e ferramentas específicas, desconstruir as posições e fazer as pessoas perceberem e valorizarem seus reais interesses. Isso porque os interesses, também chamados de lide sociológica, representem o que realmente moveu as pessoas para aquele procedimento, ou seja, o que elas desejam com o término da técnica e que, na maioria das vezes, só se revela após muito diálogo e escuta ativa.[416]

Os interesses definem o problema, as necessidades, os desejos e os temores das pessoas: "[...] os interesses motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. Sua posição é algo que você decidiu. Seus interesses são aquilo que fez com que você

---

[414] FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
[415] FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
[416] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

se decidisse dessa forma"[417]. Fischer, Ury e Patton esclarecem que, em uma negociação, as posições são claras, já os interesses são silenciosos, subjacentes, não expressos e, às vezes, intangíveis, o que torna o trabalho do mediador tão específico e árduo.[418]

Ordenados os passos entre as posições e os interesses, deve o mediador destacar e anotar também as questões jurídicas que representam a lide processual e, portanto, referem-se ao pedido formulado juridicamente. As informações fáticas explicativas das pessoas ou das pessoas acompanhadas por seus advogados transformam-se em discursos argumentativos sob a égide da lei e favorecem a formulação da causa de pedir com um objeto mediato ou pedido material (o bem da vida que a pessoa deseja que seja protegido) e objeto imediato ou pedido processual (a tutela que a pessoa requer seja concedida para proteger seu direito).

A partir da realidade fática conflituosa, as pessoas instauram uma demanda e com ela pretendem algo, sendo esse algo o pedido, o qual se extrai, em uma mediação, a partir de uma interpretação lógica do afirmado verbalmente, ou seja, os requerimentos jurídicos são recolhidos de todos os dados pessoais, e não apenas das "condições" e dos pressupostos da ação (como desenvolvido no processo judicial). Maior dificuldade não há quando da legitimidade ou legalidade dos pedidos jurídicos, entretanto, enquanto somente as questões jurídicas forem apreciadas pelas pessoas, o conflito pende de tratamento, pois apenas quando também ocorre o compartilhamento dos interesses é que se removem todos os danos decorrentes da controvérsia.

Por último, é significativo destacar que a dimensão afetiva assume contornos importantes na dinâmica do procedimento técnico da mediação, devendo o facilitador ficar atento às emoções manifestadas pelas partes que dão origens aos sentimentos expostos durante aquela experiência pois, muito mais do que as palavras, falam em nós a química que exalam dos sentimentos. Recordam Fischer, Ury e Patton que "[...] em uma negociação, particularmente em uma disputa acirrada, os sentimentos podem ser mais importantes do que as palavras"[419]. Embora o papel da afetividade na relação entre as pessoas sejam experiências negadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pelo ambiente do processo civil que não admite espaço para a exposição das emoções e dos sentimentos, na mediação, a afetividade é um dos aspectos que devem ser mensurados pelo mediador, a fim de que sejam suavizados ou reduzidos os níveis de

---

[417] FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 63.
[418] FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
[419] FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 47.

subjetividade da percepção do conflito porque, com isso, se consegue aprofundar e trabalhar toda a complexidade da controvérsia, que vai além do pedido juridicamente reproduzido.

As reações emocionais primárias ou universais (inatas e automáticas, como medo, raiva, desgosto, tristeza e alegria) e as reações emocionais secundárias (culturais e voluntárias, como melancolia, culpa, ciúme, vergonha e orgulho) desencadeiam processos voltados para o corpo, porque são respostas ou reações orgânicas (neurais) para estímulos externos, ou seja, as emoções desencadearão os sentimentos.[420]

Já os sentimentos, comumente indicados como sinônimos de emoções, provêm de uma orientação de ordem mais subjetiva, porque se relacionam à associação ou justaposição entre a experiência corporal e a imagem do objeto ou, em termos simples, os sentimentos são o *background* que expõem o que se "passa na carne", tais como: prazer, tensão, irritação e harmonia, não sendo positivos ou negativos.[421]

O processo de sentimentos alerta o organismo do problema que a emoção começou a sentir, ou seja, os sentimentos são experiências mentais da emoção e são capazes de influenciar o ambiente da própria negociação na medida em que podem conduzir à sensibilização na transformação da relação ou, até mesmo, um impasse na formalização do acordo. Desse modo, a percepção destes dois institutos – emoções e sentimentos – auxilia o mediador a melhor construir sua estratégia de comunicação entre as partes, além da hipótese de que, ao validar os sentimentos, o mediador indica que identificou as emoções geradas pelo conflito e traz um tom normalizador para à situação.

Portanto, esse é um estágio rico na captação de informações sensíveis para as partes e fundamentais para a mediação. O esclarecimento das posições, dos interesses, das questões, das emoções e dos sentimentos consiste em uma etapa essencial que auxiliará as partes a avançarem no processo de mediação em direção ao entendimento recíproco na transformação das relações ou na elaboração do acordo uma vez que, ao menos tacitamente (inconscientemente), as pessoas percebem as perspectivas e as reais necessidades da outra pessoa, sendo capazes, a partir disso, de tratar seus conflitos.

Para alcançar êxito na mediação transformativa ou de natureza acordista, devem ser bem apurados todos esses cinco elementos (posições, interesses, questões, emoções e sentimentos),

---

[420] DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 10. ed. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
[421] DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 10. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

sob pena de se restringir o olhar apenas a superfície do conflito e restar equiparado à natureza jurídica do processo civil sem demarcações de tais questões, porque ficou focado na precariedade do pedido jurídico.

Assim, não havendo mais o que expor e o que refletir acerca das narrativas, o procedimento passa para a quarta etapa, consistente na exposição do resumo e da obtenção do *feedback* pelo mediador acerca dos pontos controvertidos a serem resolvidos.

iv) compartilhamento do resumo feito pelo mediador e a obtenção do *feedback*: concluídas as falas desenvolvidas pelos participantes, o mediador, depois de perguntar se eles têm mais algum fato para acrescentar, fará um resumo do que escutou, uma espécie de "recontextualização ampliada"[422], utilizando uma linguagem positiva, imparcial e destituída de quaisquer valores de julgamento, geralmente iniciando essa quarta etapa com frases do tipo: "pelo que pude compreender...; diante das informações prestadas pelos mediandos, vejo que...", entre outras expressões.

O mediador utiliza essa técnica ou ferramenta especificamente após a fase das exposições das pessoas, não obstante possa ser empregado em diferentes momentos durante o procedimento da mediação para conferir um sentido positivo ao que foi dito e ajudar a eliminar a forte carga emocional ou negativa presente nas narrativas. Entretanto, alerta Vezulla, que "[...] antes de realizar o resumo deve o mediador estar seguro de ter compreendido o problema e que qualquer erro que cometa ou qualquer inexatidão no entendimento que os participantes interrompam e explicam realmente como são".[423]

Isso porque, para ordenar o que acaba de escutar atentamente, separando as pessoas dos problemas, as posições dos interesses e das questões jurídica e, ainda, apontando os pontos de aproximação e divergência, é indispensável que o mediador tenha prestado atenção na história contada para que ela esteja fielmente transposta na narrativa do resumo.

A tendência geral das pessoas é explicar os fatos e juntá-los em um único problema. Ao contrário, na técnica de narração do resumo pelo mediador, conta-se as duas histórias ou narra-se os dois fatos descrevendo a exposição dos detalhes, apontando, sempre que possível, para o bom relacionamento que existiu antes da aparição do conflito e iniciando pelos pontos que podem convergir mais facilmente uma solução. Como explica Vezulla, o mediador "[...] deve

---

[422] Expressão utilizada por: VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 164; 212.
[423] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995. p. 74.

decompor o problema em tantos aspectos quanto possa naquele momento, tentando ampliar os pontos em discussão, partindo dos itens mais simples aos mais complexos".[424]

Segundo o "Guia de formação em mediação comunitária", do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, basicamente as funções do resumo são: "[...] ressaltar as convergências, sinalizar que o mediador escutou, limpar a comunicação, ressaltar os interesses, reforçar a escuta, ressaltar novas informações e promover a cooperação".[425] Desse modo, um adequado resumo mostra o quanto o mediador estava escutando cuidadosamente ao lembrar o que o participante falou e, isso por si, já transfere uma mensagem positiva e pode fortalecer o procedimento da mediação. A partir do resumo, montam-se as peças do quebra-cabeça e ambos os participantes passam a ter informações por igual e a compreender a fundo quais são os problemas, podendo-se avançar ou recuar no objeto da mediação.

Nessa etapa do compartilhamento do resumo feito pelo mediador, é importante que todos os interesses já tenham sido expostos para que se possam ser identificados os objetos da discussão para futura transformação das relações ou para construção de um possível acordo. Entretanto, se por esquecimento ou por qualquer outro motivo, a parte não se manifestar a respeito de uma questão que desejava que ficasse esclarecida, nada impede que venha a se manifestar depois, quando lhe for dada a palavra novamente. Diferentemente do processo judicial, no qual a parte precisa se manifestar sobre os pontos no momento definido por lei, sob pena de perder a faculdade para tal, na mediação não se aplicam os efeitos da preclusão de atos ou manifestações em momentos posteriores.

Sintetizar ou resumir nada mais é que garimpar as informações que foram expostas para o fim de obter o "ouro" da dinâmica procedimental da mediação, isto é, alcançar a organização do que foi explicado e dar sentido aos interesses, às posições, às questões jurídicas, aos sentimentos e às emoções. Resumir é capturar as principais ideias da narração fática dos participantes, embora saber "o que e como" resumir não sejam habilidades universais, requerendo exercício prático. Como regra geral, inexiste uma prática pedagógica nas escolas e universidades, sobretudo naquelas de ciências jurídicas, no que tange ao ensinamento da técnica da recontextualização ou resumo das questões orais, o que dificulta o trabalho do profissional.

Dessa forma, segundo Lima, para elaboração de qualquer forma de resumo, é preciso reconhecer a necessidade de escutar ativamente, além da capacidade de selecionar o essencial,

---

[424] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995. p. 75.
[425] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Brasília: Justiça Comunitária; TJDFT, sem data. p. 56.

sem achar que tudo seja importante, notadamente no resumo oral, pois, sem isso, o resumo se faz impossível pela deformação do conteúdo original ou pela manutenção das partes incompreensíveis.[426]

Um resumo permite que sejam enfatizados aspectos daquilo que o participante mencionou, incluindo e ressaltando temas, servindo para demarcar a lide sociológica e a lide processual, devendo o facilitador ser capacitado em tal "[...] habilidade que abarca diferentes graus de competências; umas relacionadas com processo cognitivo geral; outras, com o controle do ato comunicativo; e outras, ainda com o domínio dos recursos da linguagem oral".[427]

Além disso, com o resumo, é possível extrair o *feedback*. O processo de comunicação não é "uma via de sentido único", mas sim circular e contínuo, que visa a transmissão de uma mensagem a um determinado receptor e, consequentemente, a obtenção de uma resposta: o *feedback*.[428] O termo *feedback* significa, em português, retroação, ou seja, é um mecanismo de comunicação circular que consiste na resposta à entrada de informação e posterior alteração de comportamento, em um processo contínuo.

Segundo Rego, o *feedback* é considerado uma ferramenta que auxilia no processo de ajuda e estímulo para a mudança de comportamento, proporcionando aprimoramento do desempenho individual e aquisição de condutas mais assertivas com valores e maneiras da organização.[429]

Por consequência, na mediação, o *feedback* ajuda o mediador a perceber se sua mensagem (resumo) foi bem recebida e interpretada ou se é necessário reformulá-la, mas também constitui uma ferramenta de avaliação de desempenho das partes. Para o mediador, receber o *feedback* logo após o resumo é importante para saber se entendeu a mensagem que as pessoas gostariam de passar; para os participantes, o *feedback* funciona como um reforço positivo das condutas (o que foi bom, o que pode melhorar e qual foi o ponto alto).

Rego descreve que o *feedback* serve para duas funções fundamentais: instruir e motivar.[430] Nesse sentido, na mediação, ele é instrutivo, porque clarifica os papéis, os interesses

---

[426] LIMA, Renira Lisboa de Moura. **O ensino da educação**: como se faz um resumo. 3. ed. rev. e amp. Maceió: UFAL, 2004.
[427] LIMA, Renira Lisboa de Moura. **O ensino da educação**: como se faz um resumo. 3. ed. rev. e amp. Maceió: UFAL, 2004. p. 175.
[428] PAULO, Ana Margarida Ferreira de Matos. **O *feedback* como ferramenta do líder nos processos de comunicação interna**: estudo do caso da Termalistur E.E.M. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciência Sociais da Comunicação, Universidade do Minho, 2012. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/23290. Acesso em: 29 ago. 2018.
[429] REGO, Arménio. **Comunicação pessoal e organizacional**: teoria e prática. 2. ed. Lisboa: Sílabo, 2010.
[430] REGO, Arménio. **Comunicação pessoal e organizacional**: teoria e prática. 2. ed. Lisboa: Sílabo, 2010.

e as questões de cada participante; como motivação, ele potencializa os níveis de esforço dos participantes na persecução da tarefa de tentarem modificar a relação social ou alcançarem um acordo.

Assim, o mediador, ao oferecer um resumo e um *feedback* constantes sobre as narrativas feitas pelas pessoas, demonstra credibilidade no seu trabalho, reconhece o esforço perpetrado pelos participantes, encoraja-os a fazerem o melhor que podem, o que também, por consequência, instiga o ambiente propício para a negociação.

Portanto, por meio da etapa do resumo e do *feedback*, os participantes ficam mais fortalecidos e preparados para aprofundar um diálogo com vistas ao interesse comum, razão pela qual já é possível passar para a próxima etapa – correspondente a delimitar uma agenda, criar opções com benefícios mútuos ou ainda, se necessário, realizar, em separado, as sessões individuais.

v) montagem da agenda (organização dos dados), aplicação de diversas ferramentas ou técnicas para criação (geração) de opções com ganhos recíprocos para a transformação da relação ou para a elaboração do acordo e, ainda, a possibilidade da sessão individual (*caucus*): durante a quinta etapa, pretende-se que sejam definidos todos os problemas, tanto de origem interativa quanto interpessoal. Porquanto, os conflitos somente podem ser devidamente tratados quando se oferece espaço para trazer para a superfície os pontos ocultos. Nesse sentido, a fase de montar a agenda ou organizar os dados serve para "[...] ordenar os assuntos para ficar claro o objeto da mediação, pois durante uma conversa, vários temas podem surgir, sendo importante fazer-se a partir deles, uma lista".[431]

Durante o relato inicial dos participantes, a tendência geral é narrar os pontos e juntá-los tudo em um único problema. Daí porque durantes as narrativas, além dos temas conflituosos, os valores atribuídos de cada pessoa também são revelados, devendo o mediador, a partir disso, decompor o conflito e atribuir graus de prioridades na geração de opções ou ganhos mútuos. Nesse momento,

> [...] o medidor atua como um escrevente, registrando dados e determinando quais são as áreas fechadas (ou já resolvidas) e quais estão abertas para discussão, sendo conveniente recordar que nem todos os temas incluídos na folha de trabalho são necessariamente zonas de conflitos [...].[432]

---

[431] TARTUCE, Fernanda; FALECK Diego; GABBAY Daniela. **Meios alternativos de solução dos conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 69.

[432] Texto original: "[...] el mediador, actúa como escribiente, registrando datos y determinando cuáles son las áreas cerradas (o ya resueltas), y cuáles están abiertas a discusión. Es conveniente recordar que no todos los temas incluidos en el pliego de trabajo son necesariamente áreas de conflicto […]" (tradução nossa). FOLBERG,

Para a elaboração de uma agenda adequada, existem três tarefas que o mediador deve realizar: "(i) identificação de amplas áreas de interesses para as partes; (ii) concordância em relação aos subtópicos ou questões que serão discutidas; (iii) determinação na sequência para a discussão".[433] A atividade coordenada pelo mediador, considerando as três variáveis mencionadas, são pontos que não significam a concordância substancial de todos os participantes, ao contrário: são elementos que servem para influenciar na rapidez e na facilidade dos demais estágios da negociação.

Segundo Moore, a elaboração da agenda ou o planejamento da pauta de reunião pode ser feita de diversas formas, entre as quais:

i) simples: as questões a serem negociadas são consideradas, uma de cada vez, em uma ordem prescrita por uma ou mais partes com o auxílio do mediador;
ii) por alternância de questões: as partes alternam-se na escolha dos tópicos da discussão;
iii) ordenação por importância: as partes escolhem um ou mais itens que ambas consideram de maior importância e os colocam no início da agenda;
iv) baseada em princípios: agenda baseada em termos de princípios ou em termos gerais de acordo que possam orientar as decisões;
v) primeiro os itens mais fáceis: identificar as questões sobre as quais as partes têm maior probabilidade de fazer acordo e que não exigem muita discussão;
vi) organização em blocos: as partes identificam blocos de temas de acordos que devem ser feitos em primeiro plano.[434]

No entanto, independentemente do estilo de agenda, a medida monstra-se pretensamente produtiva, porque permite coordenar, entre as partes, os temas que elas não são capazes de planejarem sozinhas, além de permitir "[...] conscientizar as partes acerca da programação da

---

Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflictos sin litigio. Cidade do México: Limusa, 1996. p. 63-64.

[433] MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução: Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 188.

[434] Catalogação encontrada em: MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução: Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

sessão afim, inclusive, de conter os impulsos das pessoas em externar argumentos ou críticas não delimitados para o momento".[435]

Assim, somente a partir da lista ou do esboço de temas que vão sendo extraídos das narrativas dos participantes é que se torna possível serem trabalhados, em uma ordem preferencial e racional, os tópicos controvertidos. Recomenda-se iniciar pelos pontos com maior probabilidade de convergência e, neles, aplicar as diversas ferramentas ou técnicas para gerar as opções de ganhos mútuos para a transformação da relação ou para a elaboração do acordo.

Apresentada a pauta (agenda) com a definição dos temas e a ordem com que serão abordados, o mediador, no mesmo ato, pergunta para si: de que maneira é possível fazer o que se deseja (transformar as relações ou elaborar o acordo) de forma mais efetiva? Para responder à sua própria indagação, o facilitador deverá aplicar diversas ferramentas ou técnicas, como: formulações de perguntas, *brainstorming*, ressignificação ou paráfrase, afago, enfoque prospectivo, entre outras.[436]

O objetivo da aplicação das mencionadas ferramentas é iniciar, propriamente, o estágio da negociação e estimular, nos participantes, sem nenhuma avaliação, crítica ou julgamento, a criação de opções e alternativas que visem proporcionar um ambiente favorável à autocomposição. Nessa subfase, as tarefas do mediador, sempre considerando sua função de facilitador e não de intercessor, são: auxiliar os participantes a articularem as opções que conhecem ou desejam e desenvolver novas opções mais satisfatórias que as anteriores. Sob tal aspecto, Vezulla explica que a aplicação de ferramentas refere-se à função didática do mediador que deve explicar e, ao mesmo tempo, encorajar os envolvidos a raciocinarem a chegarem às conclusões.[437]

No entanto, verificando o mediador que existe confusão na ordem dos problemas enfrentados pelas partes ou não percebendo ele evolução produtiva no diálogo, é aconselhável recorrer às entrevistas individuais, também chamadas de *cáucus*, para obter uma maior confidencialidade e abertura dos participantes.

O *caucus* ou as reuniões separadas com cada participante são "[...] encontros realizados entre os mediadores e cada uma das partes sem que a outra esteja presente"[438] e deve constar

---

[435] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 103.
[436] As mencionadas técnicas ou ferramentas e seus correspondentes objetivos serão abordadas detalhadamente na próxima seção, no item 3.1.5.
[437] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.
[438] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995. p. 77.

na declaração de abertura do procedimento pelo mediador para que as partes tenham clareza quanto às regras do jogo, bem como se as aceitam. A sessão privada não deve ser motivo de surpresa para os participantes, para que não se coloque em "xeque" a imparcialidade do facilitador.

Na realização de reuniões privadas (individuais), o facilitador desenvolve uma conversa com os participantes e seus respectivos advogados separadamente, ou seja, primeiramente dialoga com o requerente e seu advogado e depois com o requerido e seu advogado. É importante entender que existem percepções, respostas, emoções e, até mesmo, revelações que somente são externadas no espaço de conversa privada, porque é um espaço no qual os participantes não precisam se preocupar com o dissenso do outro, podendo, inclusive, expor respostas que não seriam durante uma sessão em conjunto.[439]

Segundo Almeida, o "[...] espaço privado de conversa possibilita ao mediador uma abordagem mais direta e aos mediandos uma expressão mais desprovida de estratégias e de defesa de ataque ao outro".[440] O *caucus* se torna relevante, porque oportuniza explorar possíveis desequilíbrio de poder na relação e esclarecer questões e, até mesmo, fenômenos psicológicos que impeçam o avanço na negociação.

Embora o *caucus* possa ser útil para o desenvolvimento do restante do procedimento técnico da mediação, uma vez que se torna um meio para esclarecer se a percepção da pessoa foi a correta e ainda se as emoções podem ser intensificadas. Alerta Vezulla que seu uso, quando não bem aplicado, pode transformar o mediador em porta-voz dos participantes, abalando a neutralidade do procedimento.[441] Todavia, convém mencionar que essa subfase somente deve ser feita se resguardado o princípio da confidencialidade, já que nada do que foi dito na sessão privada poderá ser compartilhado na sessão conjunta, salvo se, com isso, a parte previamente anuir.

Por fim, convém mencionar que, muitas vezes, para se chegar à próxima etapa consistente no encerramento da sessão (com ou sem acordo), o mediador precisa ir e voltar a essa quinta etapa, repetidamente, ou seja, o quinto estágio não é uma fase "estanque", ao contrário: apresenta flexibilidade na aplicação das suas subfases.

---

[439] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[440] ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 222.
[441] VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.

vi) encerramento do procedimento com indicação de nova sessão ou com celebração do acordo ou ainda com encaminhamento para outro método de tratamento dos conflitos: quando se chega a essa última fase, três caminhos se abrem, isto é, o mediador pode registrar as soluções identificadas como adequadas pelas partes mediante a projeção da transformação das relações com a indicação de uma nova sessão; pode transcrever as soluções mediante a elaboração de um acordo; pode indicar para os participantes que prossigam em outro meio de estabilização dos conflitos, como o processo judicial.[442]

Desse modo, nesse momento que se encaminha para a finalização do procedimento da mediação, deve ser testada a viabilidade prática das soluções apresentadas e se elas atendem às necessidades e produzem satisfação para todos, dando-se, ao final, escolhas das opções que melhor se adaptam à realidade: nova sessão, acordo ou encaminhamento para outro modelo de tratamento dos conflitos.[443]

O procedimento técnico da mediação desenvolve-se com vistas a que os participantes encontrem opções mútuas ou, pelo menos, justifiquem eventuais barreiras, podendo, a partir disso, as partes chegarem a um consenso genuíno, optando por celebrar um acordo, cujo teor do combinado será reduzido a termo para que ambos assinem. Esse caminho, talvez, seja a hipótese mais "visível" pelas pessoas, quanto à concretização da mediação enquanto meio de tratamento dos conflitos.

No entanto, convém relembrar que, segundo defendem as vertentes com enfoques na integração da relação, como: a transformativa, a circular narrativa e a terapia do amor mediado, a abordagem da mediação também se faz plena, pois, com o exercício da autodeterminação, foi possível auxiliar as pessoas a mobilizarem seus próprios recursos para atingir metas ainda. Assim, ainda que não tenha sido possível a celebração de um acordo, as pessoas que se submetem ao procedimento da mediação adquirem um senso de autorrespeito e autoconfiança capaz de gerar empoderamento e fortalecimento da capacidade de condução dos próprios problemas da vida, podendo disso surgir a necessidade de uma nova sessão.

Dessa forma, sem se pretender posicionar as escolas de mediação em uma escala de valor, fato é que, enquanto as abordagens mais pragmáticas se mostram mais úteis na objetivação da tomada da decisão, as de vieses transformadoras são mais adequadas para compreender o problema e as reais necessidades das pessoas, em que pese ambas alcancem, em

---

[442] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018.
[443] PELLEGRINI, Elizabete. **Não cause, concilie**: os sentidos das práticas de conciliação em um centro judiciário de solução de conflitos e cidadania em Campinas – SP. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

maior ou menor escala, os objetivos ou os resultados pretendidos com a mediação: a retomada da comunicação, a separação entre a lide processual e a lide sociológica e o tratamento das questões jurídicas, dos interesses sociais e dos sentimentos.

No mais, o último caminho possível nessa etapa é os participantes manterem centralidade nos problemas, e não nas reais necessidades das pessoas e chegarem à conclusão da impossibilidade de continuidade da mediação – afinal, nem todas as pessoas são mediáveis. É importante que se respeite o fato de os participantes não terem alcançado um consenso, enaltecendo os aspectos evolutivos do trabalho, sobretudo com as atitudes positivas na exploração dos interesses convergentes.

Independentemente do caminho escolhido para finalizar o procedimento técnico da mediação, ao longo de todas as etapas o mediador há de ter um compromisso ético com o conflito vivenciado pelas pessoas e, sobretudo, com o tratamento do ser humano, na medida em que na mediação tratam-se as mais do que questões de verdade formal: tratam-se as pessoas em suas inteirezas e incompletudes.

Nesse sentido, Péres apresenta nove mandamentos dirigidos para o comportamento do facilitador ao longo de todo o procedimento técnico da mediação e que, nesse contexto, serão empregados como "mandamentos de otimização", isto é, como normas principiológicas ou reguladoras que ordenam que algo seja realizado de determinado modo (uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um sentido). Segundo a autora, a "missão" de intermediar o tratamento dos conflitos exige, por parte do facilitador, durante todas as seis etapas do procedimento técnico da mediação, um compromisso constante com as mais preciosas habilidades ou competências humanas, como: respeitar a pessoa humana e confiar na sua capacidade de lidar construtivamente com o conflito; acreditar no poder da conciliação ou mediação; cultivar a comunicação sustentável; proporcionar uma conexão confiável e segura com as pessoas; apreciar atentamente o conflito, e não apenas o procedimento; atentar para linguagem corporal (de todos, inclusive a sua); exercer continuamente o máximo discernimento sobre os sentimentos e os interesses dos envolvidos; incentivar e valorizar a verbalização de ideias direcionadas à satisfação dos interesses recíprocos; respeitar o fato tempo segunda a perspectiva de cada pessoa.[444]

Além disso, o potencial transformador ou acordista da mediação depende que o facilitador vislumbre, de maneira horizontal, as relações submetidas à abordagem e mais: que

---

[444] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018.

ele domine as ferramentas ou técnicas de comunicação para ampliação das circunstâncias dos conflitos e para uma maior geração de opções no tratamento.

Conforme a seção a seguir, existem diversas ferramentas catalogadas como técnicas que auxiliam o profissional ao longo das seis etapas dinâmicas do procedimento técnico da medição e a busca pelo consenso, mas não se deve esquecer de que, muitas vezes, na função do facilitador, é necessário "Waratiar", isto é, ser criativo, deixar aflorar as inspirações, evitando-se a mutilação de ideias, de modo que outras medidas podem e devem ser aplicadas ao longo da abordagem, desde que sempre se avise (para o fim de se enviar surpresas) e se respeite a autonomia da vontade dos participantes em querer se submeter ou não ao procedimento ou à técnica.

3.1.5 As ferramentas (técnicas) aplicadas pelo facilitador na relação horizontal entre os participantes da mediação

Entre as ferramentas explicitamente existentes no sistema de comunicação, o emprego das técnicas pelo facilitador dependerá de qual fase do procedimento da mediação ele se encontra. Isso porque as ferramentas ora possuem como foco melhorar a comunicação entre as partes, ora servem para levantar alternativas ou auxiliam na viabilidade das opções eleitas. Extrai-se como técnicas ou ferramentas que facilitam a comunicação interrompida pelos participantes e gerem opções mútuas de acordo e que serão explicadas nesta tese:

i) *rapport*;
ii) formulação de perguntas;
iii) *brainstorming* (tempestade de ideias);
iv) paráfrase ou ressignificação;
v) afago;
vi) enfoque prospectivo.

Convém mencionar que existem autores que também inserem o resumo, o *caucus*, a escuta ativa, a empatia e a comunicação não violenta como técnicas ou ferramentas a serem aplicadas pelo mediador. Entretanto, para fins desta tese, explicou-se os conteúdos das mencionadas "ferramentas" em separado por entender que elas são mais do que técnicas: são elementos intrínsecos ao procedimento, ou seja, tais componentes não são escolhas, são

mandados de otimização, sendo inerentes ao desenvolvimento do próprio do procedimento, como se fosse um "devido processo legal" das etapas que, necessariamente, devem ser feitas.

Resumindo, *caucus*, escuta ativa, empatia e comunicação não violenta são pontos característicos do exercício da mediação, tanto que se aplicam ao longo de toda a sessão; ao passo que as ferramentas dependem do momento ou da fase que se está no procedimento, notadamente, dependem da sensibilidade do mediador para escolher uma ou outra ou mais de uma em conjunto para aplicar. Assim, nesta seção, optou-se por dar ênfase às técnicas que podem ou não, a critério do mediador, serem utilizadas segundo cada fase do procedimento para conduzir o diálogo com serenidade e possibilitar que as partes conversem e expressem todas as suas intenções.

Tão importante quanto saber o que é uma ferramenta é saber como e quando usá-la. Na "caixa de ferramentas"[445], como metaforicamente expressa por Almeida, encontram-se as seguintes técnicas: *rapport*; perguntas; *brainstorming*, sem prejuízos de outras ferramentas[446], todas com conteúdo eminentemente interdisciplinar, pois seus significados não são encontrados em manuais jurídicos, mas sim em outras disciplinas, corroborando com a ideia de que a mediação apresenta notoriedade além da formação jurídica.

O que precede o sentimento de confiança do participante no profissional do facilitador pode ser adquirido por meio da aplicação da técnica do *rapport*. A palavra, de origem francesa, significa, literalmente, "relação", embora seja traduzida para o português pela linguagem da psicologia, em especial, pela vertente da programação neurolinguística[447], querendo retratar a intensa sensação recíproca de confiança, sintonia e harmonia no processo comunicacional.

---

[445] ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 66.

[446] O "Manual do conselho nacional de justiça" (CNJ) lista ainda: paráfrase (reformulação); afago; enfoque prospectivo. Entretanto, por questão de recorte metodológico, a tese apenas examinará as referenciadas três técnicas, em razão da comparação com as regras do devido processo legal. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

[447] Desenvolvida a partir da década de 1970, pelo trabalho em conjunto de John Grinder (professor do departamento de linguística da Universidade da Califórnia) e Richard Blander (psicólogo da mesma universidade), a Programação Neolinguística – PNL – (programação é a maneira de organizar as ideias; neuro são os comportamentos que nascem dos processos neurológicos, como visão, audição, olfato, paladar, tato e sensação; linguística é a linguagem para ordenar nossos pensamentos e nossa comunicação) explica como o indivíduo funciona (algumas pessoas são visuais: dependem de mostrar e falar; outras pessoas são auditivas: precisam fazer perguntas e falar; e outras pessoas ainda são cinestésicas: precisam ficar em contato e "sentir" as coisas) e, a partir disso, visa proporcionar uma comunicação mais eficaz. JAQUES, Alexandre. **Técnicas irresistíveis para convencer e influenciar pessoas**: manual prático de programação neurolinguística. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2002.

Pensamentos, fala, comunicação e sentimentos são determinados, principalmente, por três sistemas de representação: ver, ouvir e sentir, e o melhor modo de entrar nesse círculo de representação (percepção e observação) de uma pessoa é criar um ambiente de harmonia e afinidade, para que as palavras sejam recebidas com atenção e surtam os efeitos desejados. Nesse sentido, a primeira atitude a ser estabelecida quando se troca de conhecimento entre duas pessoas é a estratégia do *rapport* como "[...] ingrediente mágico que leva à sintonização das experiências ou sentimentos de unidade, de identidade e de confiança".[448] Isso porque cada pessoa tem uma percepção ou um modelo de mundo único, de modo que não adianta apresentar fórmulas prontas para agradar a todos, ao contrário: deve-se identificar o modelo de mundo do outro e respeitá-lo, para, com isso, alcançar os objetivos relacionados a ele. A essência da comunicação bem-sucedida se dá pelo impacto inicial positivamente feito com a técnica do *rapport*, na medida em que as ações e as palavras bem empregadas geram confiança e incentivam as pessoas a fornecerem informações.

Com a aplicação do *rapport*, tende-se a quebrar as barreiras da desconfiança e se efetuar a troca de comportamentos verbais, resultando em uma melhora significativa na obtenção de referências cruciais e necessárias para ajudar a resolver os problemas. Segundo Kluczny e Teixeira, os elementos universais do *rapport* estão no sorriso (abre o canal da confiança), no otimismo (transmite sensação de poder), no tratamento do outro pelo nome desejado (nome pronunciado gera credibilidade) e na paciência (quando alguém fala, é porque deseja ser escutado).[449]

A parte que busca por um método de tratamento dos conflitos é, antes de tudo, humana, única, singular nos seus sentimentos e na sua história, de modo que não se pode subestimar a importância desse contexto, merecendo respeito, sobretudo por parte das instituições. Nesse aspecto, quando as pessoas encontram um ambiente no qual é admitido sorrir, um tom alegre e sutil nos gestos, tanto verbais quanto não verbais, ou seja, "ser quem se é". Diverso daquele clima "formal e pesado" do processo judicial, elas tendem a se comunicar com mais conexão, porque passam a ser entendidas e acreditar que seus interesses também serão reconhecidos e considerados pela outra pessoa.[450]

---

[448] JAQUES, Alexandre. **Técnicas irresistíveis para convencer e influenciar pessoas**: manual prático de programação neurolinguística. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2002. p. 37.
[449] KLUCZNY, Johann W.; TEIXEIRA, Elson A. **Programação neurolinguistica**: guia básico para pessoas e empresas. São Paulo: Makron Books, 1996.
[450] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

Por isso, na mediação de conflitos, o *rapport* é muito utilizado pelo mediador no primeiro estágio do procedimento técnico, embora nada impeça de fazer seu uso ao longo de todo o tratamento da controvérsia e tem como objetivos:

> a) promover o contato inicial com as partes;
> b) construir credibilidade;
> c) instruir os envolvidos em disputa sobre o processo;
> d) aumentar o compromisso dos participantes em relação ao procedimento.[451]

Além disso, recorda-se que, para essa ferramenta ser utilizada adequadamente, gerando fluência e aproveitamento das potencialidades da mediação, o facilitador precisa usar as competências sociais, como escutar ativamente as partes, ser empático e mostrar sensibilidade no diálogo.

Embora o *rapport* aconteça de forma natural, inconsciente e automático entre as pessoas, o desenvolvimento pode ser potencializado com a prática de dois elementos universais ou dois aspectos (momentos) distintos que precisam ocorrer: o acompanhamento e a condução. Segundo Lawley e Tompikns, o ato de acompanhar envolve observar, ouvir o sujeito e utilizar as linguagens verbal e não verbal. Por isso, uma das formas de acompanhamento que permite a aplicação do *rapport* é o recurso do espelhamento, que é utilizado para reproduzir (copiar) fisicamente o comportamento (gestos da mão, expressões faciais, deslocamento do peso, respiração, movimento dos pés, movimento dos olhos) da outra pessoa.[452]

Assim, espelhar, igualar, imitar ou ajustar-se ao comportamento da outra pessoa é um processo no qual se pode gerar e manter um *rapport*. Durante a mediação, por exemplo, um espelhamento consiste em repetir suavemente os movimentos e a postura do participante, na mesma posição que ele, como se ele estive olhando para um espelho. Isso faz com que o facilitador torne-se parecido com o participante e, ao tornar-se parecido, a pessoa passa a confiar na imagem do mediador, pois é semelhante à imagem mais importante para ela, que é a sua própria autoimagem, e a melhorar as informações contidas na comunicação. Importante que o mediador "apele" para os olhos e os ouvidos dos participantes, porque é pela captura dos corações e da mente que se obtêm a compreensão e a atenção das pessoas, em uma linguagem enriquecida de informações convergentes para soluções mútuas.

---

[451] MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. 2. ed. Tradução: Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 66.
[452] TOMPKINS, Penny; LAWLEY, James. ***Rapport*** – o ingrediente mágico. Disponível em: http://www.golfinho.com.br/artigospnl/artigodomes200702.htm. Acesso em: 9 set. 2018.

Acompanhar deve ser feito sincronizadamente, porque os participantes gostam de coisas e pessoas que são parecidas com eles e, para os semelhantes, tornam-se mais propensas a abrirem informações, entretanto, somente depois de acompanhar é que se deve conduzir. Segundo Jaques, o ato de conduzir supõe que a pessoa saiba aonde deseja chegar com a comunicação, ou seja, que tenha um objetivo geral ou específico para intensificar a ferramenta, pois se a pessoa estiver em *rapport* com a outra provavelmente seguirá seus conselhos.[453] Em uma mediação de conflitos, por exemplo, embora o mediador não possa fazer sugestões para o término do conflito, ele pode dar conselhos acerca dos pontos convergentes encontrados nas narrativas dos participantes e, com isso, fica mais fácil modificar a maneira dos participantes deixarem de enxergar como "verdade absoluta" seu ponto de vista acerca do conflito.

Uma das formas de condução que permite a aplicação dessa ferramenta são os recursos da metáfora, que podem ser úteis para fazer o sujeito observar o conflito de outra maneira, e a recapitulação ou paráfrase, que é repetir, de um modo próprio, o que a outra pessoa disse.[454] Na mediação de conflitos, por exemplo, as fórmulas da metáfora ou da recapitulação são modelos de linguagem aplicadas pelo mediador que farão com que os interlocutores tenham a sensação de serem compreendidos e lembrá-los novamente de partes importantes de afirmações ou decisões, isto é, auxiliar a demonstrar os pontos convergentes entre as narrativas dos participantes para fazê-los perceberem soluções comuns.

Portanto, a técnica ou ferramenta do *rapport* é rápida e eficiente para traduzir o sistema de representação de cada pessoa, gerar confiança no diálogo e criar a oportunidade de mudança das vivências pessoais dos participantes.

Além da menciona técnica, é da essência do diálogo saber fazer perguntas que estimulem e façam progredir a conversa, ou seja, dirigir a comunicação eficaz requer a aplicação da ferramenta psicológica denominada como formulação de perguntas, para fins de angariar as informações necessárias à compreensão do conflito e possibilitar a ressignificação da controvérsia com a identificação de alternativas viáveis para seu tratamento.

Maldonado e Garner descrevem que a maioria das pessoas costuma fazer perguntas, mas poucas sabem perguntar de modo instigante, seja porque fazem indagações inibitórias no estilo de múltipla escolha (você quer isto ou aquilo; é verdadeiro ou falso); inquirições abertas demais (tão amplas que a pessoa perde a paciência para responder); difíceis de responder (geram

---

[453] JAQUES, Alexandre. **Técnicas irresistíveis para convencer e influenciar pessoas**: manual prático de programação neurolinguística. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2002.
[454] KLUCZNY, Johann W.; TEIXEIRA, Elson A. **Programação neurolinguistica**: guia básico para pessoas e empresas. São Paulo: Makron Books, 1996.

desistência); questionamentos coercitivos (autoritárias para impor aos outros a maneira de pensar).[455]

Nesse sentido, saber fazer perguntas poderosas inclui duas dimensões: construção e escopo. Na primeira dimensão – construção –, é preciso ponderar o modo como a pergunta é feita, porque isso pode fazer uma enorme diferença na abertura ou no fechamento das respostas. Na segunda dimensão – escopo –, além dos cuidados na escolha das palavras para construir a pergunta, é importante a adequação do objetivo da questão às necessidades que precisam ser investigadas.[456]

Desse modo, a arte de saber como, o que, para que, ao invés de por que perguntar, estimula o pensamento e a reflexão, provocando as pessoas a se abrirem aos problemas, sobretudo na mediação de conflitos, porque as perguntas servem para ordenar os diferentes interesses e as motivações expostas, ou seja, deve-se perguntar para conhecer, e não julgar, para esclarecer, e não para satisfazer curiosidade e para ordenar ideias, e não para diagnosticar.

Saber fazer boas perguntas engloba a simplicidade e a restrição a um tópico, bem como a clareza e o fácil entendimento, principalmente na abordagem da mediação, na qual o facilitador depende de "calibrar" os diferentes estados emocionais das pessoas, isto é, depende da competência social de "ler" os gestos verbais e não verbais e entender o que eles significam. Daí porque o maior valor prático do método de empregar perguntas reside no fato de que ela é um paradoxo: no momento que a interrogação é feita, o facilitador torna-se um ouvinte.

Mackay discorre que as perguntas podem ser abertas (aquelas que estimulam a outra pessoa a falar mais que monossílabos), ou seja, permitem ao respondente a liberdade de expressar o que quiser sobre o assunto em pauta, bem como podem ser fechadas (aquelas que serão respondidas de modo curto e selecionada a um número limitado de possíveis respostas).[457]

Especificadamente, as perguntas binárias ou fechadas são restritas e trazem um componente de precisão à resposta dada e permitem a responda em uma única palavra (exemplo na mediação: "há quanto tempo vocês se conhecem?"), ao passo que as perguntas abertas são voltadas à compreensão do assunto para ampliar o número de informações relativas à realidade

---

[455] Exemplos de perguntas encontradas na obra de Maria Tereza Maldonado e Alan Garner: perguntas que inibem a conversa: "você prefere nadar ou jogar futebol?; perguntas abertas demais: "como foi o seu dia?"; perguntas difíceis de responder: "que tipo de imóvel o senhor deseja e quanto dispõe para gastar?"; perguntas coercitivas: "você não acha que duas horas de TV por dia são suficientes?". MALDONADO, Maria Tereza; GARNER, Alan. **A arte da conversa e do convívio**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15-23.

[456] ALVES, Lincoln Máximo. **A arte de fazer perguntas**. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/183582290/A-Arte-de-Fazer-Perguntas-Lincoln-Maximo. Acesso em: 7 set. 2018.

[457] MACKAY, Ian. **Aprendendo a perguntar**. Tradução: Márcia Cruz Nóbea Leme. São Paulo: Nobel, 2001.

(exemplo na mediação: "na época, como foi a separação?"). No entanto, em ambas as maneiras de perguntar, o importante é instigar o participante a se expressar com suas próprias palavras, ficando mais à vontade no procedimento para emitir sua opinião completa em relação a todas as possíveis nuanças do conflito e das sugestões para os problemas.[458]

Além dessas espécies de perguntas, podem ser feitas, segundo o "Guia de formação em mediação comunitária", do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aquelas de origens circular ou reflexivas, que são questionamentos sistêmicos, que servem para investigar acerca do relacionamento em uma sensibilização recíproca e, ainda, perguntas de responsabilização, para o fim de reativar a memória dos mediando e o senso de responsabilidade sobre as relações estabelecidas mutuamente.[459]

Todavia, independentemente do tipo ou espécie de perguntas, quando elas são feitas no momento e da maneira adequada, forçam o respondente a pensar e, nesse processo, ele frequentemente encontra ideias, pensamentos, sugestões que, dentro de si, não imaginou que existissem. Como estabelecem Sampaio e Braga Neto, perguntar é uma das técnicas mais privilegiadas para gerar diferença e essa leva à informação pois, respondida à pergunta, o interlocutor pode obter por buscar mais diferenças em dois setores: naquele em que a parte enfatizou ou naquele em que a parte escondeu.[460]

Na mediação de conflitos, a técnica das perguntas é eficiente, embora não possa sugerir uma tomada de posição ou julgamento por parte do mediador sobre a atitude ou o comportamento dos participantes, razão pela qual o momento para o mediador fazer questionamento é logo após a explicação dos fatos por ambos os mediandos e depois do resumo, embora nada impeça que em outros momentos as perguntas também sejam feitas, sempre seguindo a ideia de isonomia (perguntar do mesmo modo e respeitando a mesma quantidade de interrogações para cada um dos participantes) – afinal, os questionamentos servem para investigar sobre a controvérsia e fazer circular a informação entre todos os envolvidos.[461]

Outra técnica, de origem da seara administrativa, mas bastante utilizada pelo mediador, é extrair dos participantes uma grande ideia a partir de um monte de pequenas ideias, denominada *brainstorming* clássico, cuja derivação indica *brain* = mente e *storming* =

---

[458] MACKAY, Ian. **Aprendendo a perguntar**. Tradução: Márcia Cruz Nóbea Leme. São Paulo: Nobel, 2001.
[459] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Brasília: Justiça Comunitária; TJDFT, sem data.
[460] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2014.
[461] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2014.

tempestade, podendo ser traduzida como tempestade cerebral ou de ideias e que incentiva a criatividade quando os participantes não conseguem, por si, levantar opções. Desse modo, a ferramenta é usada oralmente em dinâmicas de grupo para potencializar as habilidades criativas de uma pessoa, direcionando-as para o acordo de interesses.[462]

Segundo Rodrigues, o *brainstorming* foi inventado por Alex Osborn, em 1939, quando esse presidia, à época, uma importante agência de propaganda, fazendo constar como pressuposto básico da técnica a expressão livre do planejamento de ideias pelos membros do grupo, a identificação dos problemas, o questionamento de causas e efeito das soluções.[463] Precisamente, o método possui quatro regras básicas: não deve haver crítica durante a expressão de ideias (a avaliação delas deve ser feita em momento posterior); as ideias devem ser espontâneas (sem haver preocupação com a elaboração formal de sugestões); o maior número possível de ideias deve ser produzido para seleção posterior; é desejável combinar ideias expostas anteriormente.[464]

No *brainstorming*, o trabalho não coercitivo em grupo é mais produtivo do que o realizado individualmente, razão pela qual todos os sujeitos são instigados a trabalharem criativamente na solução do problema. O propósito da ferramenta é criar um ambiente no qual se permita que ocorra uma "chuva criativa de ideias", sem que os participantes fiquem presos aos formalismos limitantes que inibem ou reduzem a criatividade na geração de opções para solução dos problemas.

De acordo com Meirelles, para a execução do *brainstorming*, são identificadas seis etapas:

a) constituir a equipe: definir os participantes que resolverão o problema;

---

[462] O *brainstorming* clássico é aquela técnica em reunião com argumentação oral (verbal) que, quando elaborada de modo escrito, passa a ser uma ferramenta denominada e conhecida como *brainwriting*. Além disso, existem outros tipos de *brainstorming*, como: a) escrito ou método 635: seis pessoas se familiarizam com o problema a resolver, sendo que cada uma delas escreve, em uma folha de papel, três sugestões de soluções; b) eletrônico ou assistido por computador: troca de ideias a distância; c) invertido ou reverso: alternativas geradas a partir do *brainstorming* clássico e depois são criticadas; d) *poll*: faz-se uma pilha de ideias e depois se sorteia uma para, a partir da ideia sorteada, iniciarem-se os debates; e) *philips* 66 ou discussão 66: seis minutos para se criarem ideias; e) didático: apenas o coordenador sabe qual é o problema; f) construtivo/destrutivo: o problema é desconstruído e, em seguida, são construídas alternativas para ele; g) visual: sem palavras escritas ou faladas, mas disposto por meio de imagens. Distinções encontradas em: PLENTZ, Samuel Sebben. **Taxonomia para técnicas criativas aplicadas ao processo de projeto**. 2011. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Design, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

[463] MEIRELES, Manuel. **Ferramentas administrativas para identificar observar e analisar problemas**: organizações com foco no cliente. Série excelência empresarial. Coleção Sapientia. v. II. São Paulo: Arte & Ciência, 2001.

[464] RODRIGUES JÚNIOR, José Florêncio. **Mobilizando o grupo na instrução**. Curitiba: Appris, 2016.

b) definir o foco e o enfoque: o foco é o tema principal (o assunto ou o problema) e o enfoque é sob qual viés ou forma o problema (foco) será trabalhado;
c) geração de ideias: o importante é a quantidade, e não a qualidade de ideias geradas;
d) crítica: o que se objetiva é a qualidade das ideias propostas;
e) grupamento: uma vez selecionadas as ideias em consonância com o foco, elas são agrupadas por semelhança de conteúdo;
f) conclusão: analisados os tópicos e as respostas, passa-se a selecionar aquelas que, combinadas ou isoladamente, respondem ao problema.[465]

Seguindo o plano de trabalho definido por Meirelles, pode-se aplicar a tempestade de ideias na mediação de conflitos, em especial logo após o resumo, conforme o seguinte contexto:

a) a equipe é pré-constituída e definida conforme os participantes (mediados);
b) o foco é o problema, ou seja, o conflito que levou os participantes até o procedimento (exemplo: guarda dos filhos), e o enfoque é como os participantes trabalharão a solução para a guarda dos filhos (exemplo: segundo o melhor interesse da criança ou dos pais);
c) tempestade ou geração de ideias: os participantes devem expor todas as sugestões que entendem como adequadas ou inadequadas (exemplos: guarda compartilhada, unilateral, alternada ou guarda para nenhum dos dois participantes, guarda para um terceiro, entre outras hipóteses);
d) crítica: possibilidade de os participantes excluírem ideias que não sejam possíveis de ser cumpridas (exemplo: guarda do filho para um terceiro);
e) categorizar as preposições ou sugestões em grupamentos mais sintéticos (exemplo: guarda compartilhada ao lado da guarda alternada);
f) deixar os participantes chegarem à conclusão da melhor ideia para o caso concreto.[466]

De forma simplificada: na primeira etapa do *brainstorming*, a chamada tempestade de ideias: deve-se explorar os interesses e as sugestões dos participantes, suprimindo qualquer

---

[465] MEIRELES, Manuel. **Ferramentas administrativas para identificar observar e analisar problemas**: organizações com foco no cliente. Série excelência empresarial. Coleção Sapientia. v. II. São Paulo: Arte & Ciência, 2001.
[466] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Brasília: Justiça Comunitária; TJDFT, sem data.

julgamento a respeito da viabilidade ou não do acordo. Já na segunda etapa, a seleção ou o julgamento de ideias: os participantes devem selecionar quais foram as melhores ideias obtidas na fase anterior, tendo como critérios, entre outros: a economia financeira, a redução do desgaste afetivo das partes, a conservação do relacionamento entre as partes, a celeridade processual, a possibilidade do cumprimento da solução, bem como de sua eficácia. Nessa ferramenta, portanto, a ideia é que os participantes ofereçam o maior número de sugestões possíveis, não se discutindo, em um primeiro momento, o mérito das opiniões, pois a prática demonstra que, nem sempre, a primeira opção de acordo é a melhor.[467]

Desse modo, o *brainstormig* é uma ferramenta que auxilia as pessoas envolvidas no conflito a encontrarem soluções para os problemas, isto é, gerar opções que sejam de seu interesse e que possam trazer benefícios recíprocos às partes. Logo, torna-se uma importante ferramenta na mediação para superar eventuais impasses ao longo da sessão. Isso porque, como o papel do mediador não é o de sugerir ou apresentar soluções, ele precisa estimular as partes para que, criativamente, gerem alternativas possíveis para seus conflitos.

3.2 A CARACTERIZAÇÃO DOS SÍMBOLOS DOMINANTES NO CONSENSO: OS VALORES DO EMPODERAMENTO, DA ALTERIDADE E DA FRATERNIDADE, O CONHECIMENTO PLURIDISCIPLINAR COM AS HABILIDADES SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA COOPERAÇÃO COM O RESULTADO SATISFATÓRIO PARA AMBOS OS PARTICIPANTES

Reforça-se a ideia de que o simbolismo opera por continuidade apreendida, instituída entre o significante e o significado. É uma convenção reconhecida culturalmente por um grupo social que permite expressar algo abstrato, por meio de um valor concreto e perceptível. Recordam Guittet e Amado que os "[...] símbolos quase sempre se relacionam com os conteúdos subjetivos, com os sentimentos dos indivíduos e dos grupos culturais".[468]

Os símbolos são os suportes das identidades e relações antropológicas no interior dos grupos. Todo símbolo está integrado a um conjunto estruturado que constitui, em última instância, o sistema simbólico. Desse modo, se a cultura pode ser considerada um conjunto de

---

[467] MEIRELES, Manuel. **Ferramentas administrativas para identificar observar e analisar problemas**: organizações com foco no cliente. Série excelência empresarial. Coleção Sapientia. v. II. São Paulo: Arte & Ciência, 2001.
[468] GUITTET, André; AMADO, Guilles. **A dinâmica da comunicação nos grupos**. Tradução: Ana Lúcia T. Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 43.

sistemas simbólicos, o suporte da identidade de uma cultura consensual reside no símbolo do "consenso", cuja base é o diálogo e cujos atributos que lhe compõem são: a crença na autonomia e no empoderamento do cidadão, a confiança na alteridade e na fraternidade do ser humano, o respeito e o reconhecimento das habilidades ou competência sociais no papel do mediador e a valorização da cooperação com o resultado de satisfação.

Entretanto, a singela permanência ou o pertencimento a uma sociedade não implica, por si, tornar-se consensual. Faz-se necessário a existência de uma comunicação qualificada e no agir social entre o vínculo que une "eu" e "tu", concomitantemente, tornando-os iguais e diferentes. A reflexão inicial do "eu" e "tu" apresenta a conotação antropológica do inter-humano que, segundo Buber, é dialógica e intencional do "entre", constituída pela própria experiência existencial revelando-se.[469]

Nesse sentido, a própria condição de existência como ser no mundo prescinde do diálogo, ou seja, a estrutura dual do diálogo é o fundamento ontológico do ser humano e, por isso, se a cultura do consenso tem como base a relação dialógica ou a vida em diálogo, um dos modos pelos quais essa cultura se perfaz é por meio da abordagem da mediação, porque nessa forma o diálogo existe, há um processo de escuta, de acolhimento da razão da outra pessoa, caso contrário está diante da cultura da sentença com o simples confronto de ideias e da tentativa de imposição das verdades parciais.

Além disso, é necessário colocar as partes no mesmo plano, em uma atitude horizontalizada, ou seja, se fazer crer que se está diante do outro que é igual a mim, não havendo espaço para a verticalização, daquele que apenas dita verdades. Essa relação ou comunicação dialógica delineada pela autenticidade e pela empatia entre humanos é definida como ações possíveis de serem concretizadas na abordagem técnica da mediação de conflitos. A mediação enquadra-se na cultura do consenso, porque trabalha o diálogo a partir de uma corrente de significados que flui entre as pessoas e por seu intermédio, tais como: a autonomia e o empoderamento do cidadão; a alteridade e a fraternidade comunitária; a interdisciplinaridade das habilidades ou competências sociais do mediador; o resultado positivo da cooperação. Desse modo, no diálogo, assim como na mediação, há mais participação, na qual não se joga uns contra os outros, mas com cada um deles, ou seja, ninguém tenta vencer, pois se alguém ganha, os demais também ganham.

---

[469] BUBER, Martin. **Eu e tu**. Tradução, introdução e notas por Newton Aquiles Von Zuben. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

A mediação de conflitos é uma abordagem para o tratamento dos conflitos que melhor representa a cultura do consenso na medida em que a técnica desabrocha da forte necessidade de comunhão inerente à pessoa humana para dar uma contribuição positiva à atividade jurídica e à promoção da justiça.

Nesse sentido, esta seção visa estudar os símbolos dominantes da cultura do consenso consistentes no empoderamento individual, nos princípios não esquecidos da alteridade e da fraternidade do ser humano a partir da relação social com o "outro", no conhecimento pluridisciplinar do mediador com as competências ou habilidades sociais transversais e na valorização da cooperação (colaboração) com o resultado positivos para todos os participantes.

3.2.1 O empoderamento individual: o passo a passo para o controle da decisão

Na cultura da sentença, o poder age, circula e se exerce verticalmente de cima (autoridade do juiz) para baixo (submissão das partes às decisões dos magistrados), ou seja, a relação de força da ação de uns (juízes) sobre os outros (autores x réus) impede qualquer reação por parte dos "submetidos". Na heterocomposição garantida pelo processo judicial, ocorre a manutenção das posturas autoritárias e conservadoras que vê os cidadãos como "caixas vazias" que precisam ser preenchidos com uma série de conteúdos decisórios, pois conduzem autor e réu a pensar como o magistrado pensa, já que os participantes não são dotados de autonomia ou consciência crítica da realidade.

Neste terceiro capítulo, como antítese, o grau de comprometimento da cultura jurídica do consenso provém da crença e dos valores centrados nas competências dos próprios cidadãos. Isso porque, diferentemente da presença do juiz no processo judicial, o papel do facilitador na mediação é de nada impor às partes que deverão trabalhar em conjunto para a construção de uma solução criativa que considere os interesses de todos.

A *performance* do procedimento da mediação concede aos participantes o desenvolvimento das potencialidades de autoconhecimento e responsabilidade, elevando a autoestima para, assim, transformarem seus conflitos. Especialmente, o método da mediação oferece aos cidadãos o processo de avanço na direção da consciência crítica, isto é, corrobora com a conscientização acerca do poder de decisão (autogestão), empoderando-os.

O termo *empowerment*, embora tenha suas raízes na reforma protestante (oposta ao paternalismo) iniciada por Lutero no século XVI, na Europa, com o objetivo de questionar as escrituras dominantes, encontrou seu marco na metade do século XX, nos EUA, a partir dos movimentos sociais emancipatórios, de libertação, contracultura e cidadania (como feminismo,

homossexuais, pessoas deficientes) contra o sistema de opressão e pela luta dos direitos civis.[470] A partir desse contexto, a expressão *empowerment* passou a ser empregada por distintos campos do conhecimento e por diversas disciplinas, de modo a conotar, inclusive, uma ambiguidade linguística que, no Brasil, encontra dificuldade de tradução fidedigna para o idioma.

A inexistência do termo *empowerment* em solo brasileiro, por exemplo, não garante um conceito absoluto, embora sua aplicabilidade possa ocorrer em diferentes níveis, podendo se referir a "[...] empoderamento individual (construção comportamental), organizacional (mobilização participativa de recursos em determinada organização) ou comunitário (mudanças sociais na estrutura sociopolítica)"[471], mas todos representando o verbo intransitivo, ao significar um processo pelo qual as pessoas ganham influência e controle sobre suas vidas.

Entre os diferentes níveis de aplicabilidade, um em especial, o empoderamento individual, também conhecido como psicológico, é importante para o desenvolvimento desta tese, na medida em que se refere ao "processo" no qual um sujeito ativo não age sobre o objeto, mas sim ajuda a desenvolver as habilidades para que os próprios sujeitos ("passivos") tornem-se autoconfiantes e sejam capazes de se comportarem de uma determinada maneira e influenciar o meio.[472] Segundo Romano, o empoderamento

> [...] não é algo que pode ser feito a alguém por uma outra pessoa. Os agentes de mudança externos podem ser necessários como catalisadores iniciais, mas o impulso do processo se explica pela extensão e a rapidez com que as pessoas e suas organizações se mudam, a si mesmas[473].

Dessa forma, o empoderamento é um canal que permite às pessoas serem, por elas mesmas, capazes de se autogerir, consolidando sua participação nas decisões dos conflitos os quais lhes dizem respeito.

No sentido macro, empoderamento implica conquista, avanço e superação por parte daquele que se empodera (sujeito ativo do processo), e não uma simples doação ou transferência por benevolência, como denota o termo inglês *empowerment*, que transformou o sujeito em objeto passivo.[474] Desse modo, empoderamento não retrata, para esta pesquisa, o verbo

---

[470] BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. **Redes**, Santa Cruz do Sul, v. 11, n. 2, p. 77-93, maio/ago. 2006.
[471] BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan./abr. 2012. p. 176.
[472] ROSO, Adriane; ROMANINI, Moises. Empoderamento individual, empoderamento comunitário e conscientização: um ensaio teórico. **Psicologia e Saber Social**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 3, n. 1, p. 83-95, jan./jun. 2014.
[473] ROMANO, Jorge O. Empoderamento: recuperando a questão do poder no combate à pobreza. *In*: ROMANO, Jorge O.; ANTUNES, Marta (org.). **Empoderamento e direitos no combate à pobreza**. Rio de Janeiro: ActionAid Brasil, 2002. p. 12.
[474] FRIEDMANN, J. **Empowement**: uma política de desenvolvimento alternativo. Celta: Oeiras, 1996.

transitivo "empoderar", no sentido de dar poder a alguém (dar poder às pessoas), mas sim torná-las capazes de aumentar suas habilidades e seus recursos para ganharem o poder sobre suas próprias vidas. É essencialmente isto que a mediação faz: proporcionar um processo de reflexão e tomada de consciência por parte dos participantes quanto aos problemas experimentados e às possíveis mudanças desejadas. O eixo de atenção das partes fica voltado para reflexões de quanto cada um pode contribuir ou até que ponto possui responsabilidade no desfecho da disputa.

Desse modo, com vistas a potencializar a consciência emancipatória individuais do sujeito para participar da construção de respostas aos seus problemas, o empoderamento e a mediação se entrelaçam. A visão transformativa, proporcionada pela abordagem da mediação, permite que o conflito seja encarado de forma positiva, tal como uma oportunidade de caráter dúplice que, segundo Gláucia Falsarrela Foley, significa o desenvolvimento do exercício da autodeterminação – consistente no empoderamento dos participantes – e da confiança mútua, por meio do incentivo à reciprocidade entre as partes.[475]

A mediação permite que as pessoas tornem-se empoderadas, na medida em que elas passam a observar, por si mesmas, as mudanças e ações que querem alcançar mediante um acordo ou uma relação sustentável, abandonando-se a antiga postura meramente reativa ou receptiva da decisão de um terceiro. Se na cultura da sentença o poder age, circula e exerce verticalmente, na mediação, o poder exerce em rede horizontal, uma vez que os indivíduos participam como alvos que consentem e como elementos da sua própria articulação.

3.2.2 Os princípios não esquecidos: a alteridade e a fraternidade do ser humano a partir da relação social com o "outro"

Na cultura do consenso, o homem retoma a confiança em si e torna-se consciente de suas possibilidades em ser. Em sendo, torna-se também responsável por si e pelo próprio progresso. Além das mencionadas características da autonomia e do empoderamento, a cultura do consenso demonstra a particularidade da alteridade.

O termo alteridade deriva do latim *alteritas*. Sob o sentido etimológico, a palavra alteridade é formada pelos radicais "alter" (outro) e "dade" (qualidade). Sinteticamente, pode-

---

[475] FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para emancipação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011.

se defini-la como "[...] a qualidade do que é outro; diversidade, [ou ainda] ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro".[476] Por vezes, a alteridade é simplesmente substituída pelo termo "outro".

O fato de o homem ser um ser social, apenas se vê como ser humano a partir da relação social com o "outro", ou seja, todo "eu" e "tu" fala de encontro e pretende um diálogo, precisamente, "[...] não se pode falar em Eu sem mundo, sem Isso ou sem Tu [...], o Tu se oferece (não é procurado) ao encontro e o Eu decide encontrá-lo. Temos, então, o escolher e o ser escolhido".[477] Desse modo, a alteridade – o encontro do "eu" "com o outro" é o que mantém viva a relação do "nós" em sociedade.

Seguindo o campo filosófico da ética da alteridade desenvolvida por Lévinas, o "outro" é quem ocupa a posição principal e de onde deve emergir a responsabilidade do "eu" – afinal, ao seu ver, ninguém é livre se antes não for capaz de ser responsável, assumir a responsabilidade de ser livre, autogovernar-se.[478] De maneira mais esclarecedora, é como se disser que o "eu" deverá ver e tratar o "tu (outro)" como "outro eu" e, nesse compasso, haverá um movimento dialético de responsabilização do ser constituído e aberto à relação com o diferente de si.

No entender de Lévinas, em uma ética da alteridade, pelo fato de o ser ("eu") estar em função do "outro", o "eu" é quem se apresenta como esse, em uma relação linear e transcendente, ou seja, a alteridade "[...] se produz como uma forma sob a qual se manifesta a recusa do engajamento no Outro, a espera em detrimento da ação, a indiferença com relação aos outros".[479] Nesse sentido, a alteridade – o "outro" – tem a ver com a "nossa" responsabilidade na:

> a) reação ao rosto de outrem;
> b) reação a partir de nós mesmos à outra pessoa e sua exigência;
> c) reação ao outro no momento que se deixa substituir pelo outro em suas responsabilidades.[480]

Ainda que se acredite que a preocupação com o outro seja de cunho sentimental, e não jurídico, ela é, contudo, e antes de tudo, senso de responsabilidade. Se a alteridade tem relação

---

[476] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24.
[477] BUBER, Martin. **Eu e tu**. Tradução, introdução e notas por Newton Aquiles Von Zuben. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979. p. LVII.
[478] LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.
[479] LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto, Anísio Meinerz, Jussemar da Silva, Luiz Pedro Wagner, Magali Mendes de Menezes, Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 41.
[480] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza**. A resposta correta**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 32.

com o outro e com a "nossa" responsabilidade, ela é um valor admissível no campo da cultura do consenso, há um progressivo e completo abandono da soberania do "eu" e das abalizadas do egocentrismo e do individualismo, para uma efetiva responsabilização de todos os sujeitos enquanto agentes dialógicos e equivalentes da relação inter-humana.

Convém mencionar que, ao contrário da cultura jurídica de tratamento dos conflitos lastreada na sentença e justificada pela via heterocompositiva do processo judicial, na cultura do consenso, validada pelo método autocompositivo da mediação, a alteridade é prestigiada pelo direito, no sentido de lhe promover a ampla tutela e respeitabilidade dos membros da sociedade. Sua "aparição" ocorre normalmente com o objetivo de inclusão do outro e com a ponderação da participação ativa dos próprios interessados no desenvolvimento de resultados produtivos para ambos.

A cultura jurídica do consenso pressupõe a união de valores e ações humanas voltadas para reestabelecer o diálogo e a relação horizontal entre as pessoas e, nesse intento, a mediação destaca-se como um método que, pela dinâmica com que aborda os conflitos, depende necessariamente do reconhecimento e protagonismo do outro. Durante a sessão de mediação, a tomada de decisão pelos participantes representa, segundo Warat, um salto qualitativo, porque ultrapassa a simples dimensão do conflito para disseminar o respeito pelo "outro" e a responsabilidade do "nós".[481]

Nesse contexto, pode-se afirmar que a mediação de conflitos é muito mais do que um acordo consensuado de cláusulas e condições a ser cumprido pelo sujeito, porque essa abordagem simboliza a cultura do consenso, exatamente porque é uma prática voltada para alteridade; está ligada à revalorização de si mesmo (empoderamento); ao respeito e ao reconhecimento do outro; ao exercício da responsabilização; à releitura das posições jurídicas, dos sentimentos e dos interesses; à construção do diálogo construtivo que somente é possível quando presentes a escuta ativa e a empatia.

Ao contrário, destaca-se que existem "[...] práticas de conduta bastante orientadas para a expulsão do outro (*alter*) do universo e do espectro de vivência individual"[482], ou seja, pode-se perceber que subsistem técnicas de tratamento dos conflitos que são dicotômicos-excludentes (autor x réu ou o ganha x perde) e que simplesmente afastam, distanciam ou expulsam a alteridade, como o processo judicial que representa a cultura da sentença.

---

[481] WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.
[482] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri: Manole, 2004. p. 7.

Além disso, entre os modelos de mediação apresentados nesta tese, ficou claro que todos possuem o mesmo objetivo: reestabelecer a comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos e o processo construtivo da linguagem. Mas como reestabelecer a comunicação sem ser fraterno, sem olhar para o outro como sendo seu irmão? Assim, o olhar para o outro – alteridade – depende de se ter presente também na cultura o valor social e filosófico da fraternidade.

Em seu sentido etimológico, a "[...] categoria fraternidade, do latim *fraternitate*, confere a ideia de irmandade, de amor ao próximo, harmonia, paz e concórdia"[483]. A raiz do pensamento relativo à fraternidade pode ser constatada na esfera dos estudiosos no Instituto Universitário Sophia, Loppiano, na Itália, e com a contribuição de Lubich, para quem o termo se traduz na perspectiva de inclusão e reconhecimento do outro, cuja dinâmica é "[...] compromissar-se e perder-se no outro, em uma anistia completa de unidade, sem jamais saber".[484]

Baggio, que tem convívio com a fonte da Escola de Sophia, irradiou o tema para o espaço da categoria política vinculando o termo fraternidade ao lado de outros dois princípios – liberdade e igualdade – que constituíram a história da Revolução Francesa.[485] Ao lado dos autores como Lubich, Baggio e Resta[486], também é um nome de suma importância para o estudo da fraternidade com aporte teórico no direito fraterno entre irmãos, que pretende a inclusão do outro e propõe a ruptura da relação amigo x inimigo.[487]

Trazendo a noção de fraternidade em Lubich para quem esse princípio é de consciência humana do puro amor, percorrido em um único livro, o Evangelho, é fruto do nosso agir; uma obra de todos e que diz respeito a todos como uma unidade (dádiva) que dá origem a uma realidade coletiva, pois "[...] somos chamados a ser um com irmão, não de modo ideal, mas real"[488]. Na experiência da autora, a motivação autêntica da fraternidade é encontrada no amor como raiz secreta de todas as coisas: "[...] amor não como sentimento ou prática regulada pela

---

[483] VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar (org.). **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 126.
[484] LUBICH, Chiara. **Ideal e luz**. Vrgem Grande Paulista: Cidade Nova, 2002. p. 35.
[485] BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. v. 1.
[486] Segundo Eduardo Rafael Petry Veronose, outros conceitos de fraternidade podem ser destacados como condão de interação ou participação (fraternidade comprometida) com as contribuições de Dworkin, Haberle, Duguit. Para mais informações: VERONESE, Eduardo Rafael Petry. **Um conceito de fraternidade para o direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
[487] RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2004.
[488] LUBICH, Chiara. **Ideal e luz**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2002. p. 37.

religião, mas como fonte do próprio pensamento que emerge como aquilo que fica e fundamenta as relações"[489]. Consequentemente, para a autora, todas as categorias, inclusive a jurídica, jorram da vivência e da compreensão da fraternidade articulada em forma de amor.

O modelo de fraternidade, para Baggio, seria expansivo em uma contraposição ao conflito, propondo um novo modo de viver baseado na harmonia e coletividade como sendo um princípio republicano de consciência política. Ao lado dos princípios-deveres da igualdade e liberdade desenvolvidos como categorias políticas, a fraternidade, como princípio-dever, foi esquecida, deixada de lado, em silêncio, apenas sendo redescoberta após os eventos da Primeira e da Segunda Guerra Mundial.[490] Concebida como um modo genérico de interação ou participação de consciência política sob ideais republicanos, a fraternidade precisa ser realocada ao lado dos demais princípios sustentadores do constitucionalismo moderno para operacionalidade do Estado democrático de direito.

Por fim, para Resta, a fraternidade teria um papel de limitação dos meios sobre os fins mediante a construção de um código de reciprocidade de condutas, ou seja, a proposta de um direito fraterno (códigos fraternos) visa obter o comprometimento individual dentro de um processo de autorresponsabilização.[491] A partir da criação da Lei da Amizade, ter-se-iam relações mais solidárias e mais comprometidas com a esfera pública e com a coletividade, de modo que o papel do ordenamento jurídico deve ser, como um todo, a aproximação das partes, e não o confronto delas em litígio como nos modelos convencionais.

A partir das contribuições dos referidos autores, diversas correlações podem ser feitas com a fraternidade, mas em todas as correntes há um vivo interesse de encontrar na sociedade a presença de um valor universal de base para uma nova postura relacional e no direito como sendo um instrumento de relações mútuas e recíprocas. Como ponderam Veronese e Oliveira, para longe de um projeto libertário de salvação religiosa, a fraternidade "[...] fundamenta-se em uma ética relacional que tem como objetivo a superação dos modelos individualistas, com vistas a uma sociedade inclusiva, de partilha e comunhão".[492]

---

[489] BAGGIO, Antonio Maria. Introdução. *In*: BAGGIO, Antonio Maria (org). **Reflexões para a vida pública**: a cultura da fraternidade e a política. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2007. p. 17-18.
[490] BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princíopio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. v. 1.
[491] RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2004.
[492] VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar. **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. XI.

Assim, entre todos os elementos que compõem a fraternidade, um dado interessa a esta tese: a necessidade de considerar o outro na relação jurídica como agente também sujeito de direito e responsável pela construção e desconstrução do conflito. Especificamente, com a inserção da fraternidade nos meios de tratamento dos conflitos, a concepção bastante simplista de reduzir os conflitos aos imperativos legais cede espaço para um "dizer o direito" pautado em práticas humanistas e de respeito e promoção da dignidade da pessoa humana.

Enquanto para o Sistema Jurídico tradicional de tratamento dos conflitos o que for da ordem da razão é aceito e o que for do âmbito da sensibilidade é negado, na mediação prevalecem as dimensões profundas do ser humano. Desse modo, não se pode negar que há uma estreita relação entre as formas consensuais (mediação) com a fraternidade, porque nessa prevalece um olhar de horizontalidade que muito tem para oferecer à mediação, já que nesse meio deseja-se não apenas resolver o litígio, mas que, após uma sessão, as pessoas continuem se falando e se comunicando de forma eficaz.

Ademais, usando a função de direito fraterno encontrado em Baggio, pode-se afirmar que, atualmente, não mais se consente com a violência legítima, por meio de justificação racional fundada na coerção, na visão do amigo x inimigo, pelo caráter paranoico da oposição que é alimentado pelo sistema de justiça, fundado em uma cultura da sentença. É preciso um sistema de justiça com um mínimo de participação e comprometimento, ou seja, com o mínimo de dinâmica fraternal. Nesse aspecto, a própria natureza do método da mediação de conflitos incentiva os participantes a realizarem o comportamento fraterno baseado no agir cooperativo, porquanto devolve às partes o protagonismo sobre a solução de suas contendas. A mediação e a fraternidade apresentam laços funcionais na medida em que trabalham com o envolvimento e o diálogo com o outro e representam o comprometimento coletivo no processo de autorresponsabilização.

A justiça fraterna pela colaboração é desenvolvida na cultura do consenso por meio preponderante da medição de conflitos, uma vez que todo o mecanismo da mediação está envolto da ideia de aproximação dos participantes pelo mediador que deve operacionalizar, entre elas a estratégia cooperativa. O método da mediação baseado no diálogo é instrumento capaz de trazer a igualdade entre os sujeitos, pois pela conversa rompem-se os laços de opressão e criam-se laços de fraternidade, ou seja, em um diálogo sincero não há espaços para tentativas de dominação da "verdade" de um sujeito sobre a outra pessoa. Conciliando interesses, e não posições, a mediação cumpre a função de sistema de justiça fraterna, pois a decisão não será do amigo tampouco do inimigo, mas de ambos, porque se reconhecem como o "nós", alcançando a eficácia de um acordo positivo entre as partes ou a eficiência na mutação das relações.

Portanto, ainda que a cultura jurídica da sentença tenha reconhecido apenas a legitimidade jurídica dos princípios da igualdade e da liberdade e tenha se omitido com relação à fraternidade, na seara da cultura do consenso, o princípio da fraternidade e a ideia de alteridade não foram princípios esquecidos, ao contrário: diante a prática da mediação de conflitos, tais preceitos emergem como processos de resgate da participação e da interação do cidadão com o outro sujeito de direito.

3.2.3 Habilidades sociais transversais: o conhecimento pluridisciplinar

A arte de mediar pressupõe que a figura do mediador seja qualificada em nível de diversos programas de curta ou longa duração, não necessariamente universitários, mas que sejam experientes em disciplinas designadas como, por exemplo, a negociação, a comunicação, o gerenciamento de emoções, entre outras e, ainda, que sua identidade esteja associada a uma "[...] pessoa razoável, amante da paz e da justiça, dialogante e empática, possuída de um senso comum relacional que a habilita a participar em conflitos alheios sobre os quais exerce um influxo reestruturante"[493]. Entretanto, nem todas as pessoas apresentam as mencionadas características para se tornarem mediadoras. Isso porque a capacidade de gerenciar e tratar os conflitos como eventos naturais das relações humanas depende do emprego de diversas habilidades ou competências sociais, que são características perceptivas e assertivas do comportamento humano.

Segundo Caballo, não se tem um acordo explícito entre os autores do que seja um comportamento socialmente hábil, principalmente porque a definição depende de um contexto cultural determinado, dos padrões de comunicação e de fatores (como idade, sexo, classe social e educação), que são parciais e mutáveis.[494] O comportamento socialmente hábil em determinada situação pode ser inapropriado em outra circunstância – afinal, a competência social tem um sentido avaliativo e está relacionada à capacidade de articular pensamentos, sentimentos e ações em uma dada cultura.

Nesse sentido, não se tem um critério absoluto de habilidade social, embora intuitivamente seja possível demonstrar que determinados comportamentos são considerados adequados (apropriados) para um indivíduo em uma situação específica. Dessa forma, as

---

[493] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008. p. 11.
[494] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.

habilidades sociais são o conjunto de comportamentos aprendidos verbais e não verbais e que requerem iniciativa e respostas que afetam a relação interpessoal.[495] No mesmo sentido, Caballo discorre que as habilidades são os comportamentos identificáveis, apreendidos, empregados pelos indivíduos nas situações interpessoais para obter ou manter o reforço do seu ambiente.[496] Não obstante, a competência não está nas ações nem nas características das pessoas, e sim na qualidade daquilo que é realizado, pois "[...] quanto mais eficaz é uma ação, mais competentes as pessoas são ou mais 'competência' elas têm"[497], ou seja, o destaque das competências está nos efeitos das ações de alguém sobre determinado contexto.

Assim, o termo habilidades sociais refere-se à dimensão descritiva do desempenho social, incluindo o conjunto de seus componentes comportamentais (desempenhos verbais, não verbais e para linguísticos), cognitivo-afetivos (percepção social, crenças, metas pessoais, autoestima) e fisiológicos (indicadores de ansiedade ou disfunções psicossomáticas); já a competência social tem um sentido avaliativo, que remete aos efeitos do desempenho das habilidades nas situações interpessoais vivenciadas, ou seja, refere-se ao grau de proficiência com que o indivíduo organiza esses componentes.[498]

Das definições apresentadas, vê-se que as habilidades sociais giram em torno do seu conteúdo (expressão do comportamento, como: opiniões, sentimentos, desejos etc.) ou das suas consequências (alusão ao reforço social). Do ponto de vista desta tese, um comportamento socialmente hábil pode ser estudado tanto sob o ponto de vista do conteúdo quanto das consequências, pois o que se deseja ver destacado é que o exame do conteúdo ou das consequências não apresentam dimensões apenas jurídicas, porquanto conferem relações íntimas com outras disciplinas.

As origens e as raízes das habilidades ou competências sociais não encontram modelos de aprendizagem no ordenamento jurídico, ou seja, não são capacidades cognitivas a serem apreendidas e estudadas pelo conjunto de técnicas extraídas da dogmática jurídica, ao contrário:

---

[495] MAHER, Charles A.; ZINS, Joseph E. (ed.). **Psychoeducational interventions in the school**. Nova York: Pergamon Press, 1987.
[496] CABALLO, Vicente E. **Manual de técnicas de terapia e modificação do comportamento**. São Paulo: Santos, 1996.
[497] SANTOS, Glauce Carolina Vieira; KIENEN, Nádia; VIECILI, Juliane; BOTOMÉ, Silvio Paulo; KUBO, Olga Mitsue. "Habilidades" e "competências" a desenvolver na capacitação de psicólogos: uma contribuição da análise do comportamento para o exame das diretrizes curriculares. **Interação em Psicologia**, Curitiba, UFPR, v. 13, n. 1, p. 131-145, out. 2009. p. 133. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/12279/10492. Acesso em: 4 ago. 2019.
[498] CORRÊA, Carmen Izaura Molina. **Habilidades sociais e educação**: programa de intervenção para professores de uma escola pública. 2008. 140 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2008.

a motivação subjacente das competências sociais remonta disciplinas na seara comportamental, cognitiva e fisiológica, notadamente encontradas em matérias, como a pedagogia (aprendizagem) e a psicologia, sobretudo no campo comportamental, isto é, o treinamento das habilidades ou das competências sociais depende do conhecimento pluridisciplinar.

Nicolescu demonstra que o conhecimento pode ser analisado ultrapassando as fronteiras de uma única disciplina a partir das noções da interdisciplinaridade, pluridisciplinaridade e transdisciplinaridade. Segundo o mencionado autor,

> [a interdisciplinaridade se refere à] [...] transferência de métodos de uma disciplina a outra; [a pluridisciplinaridade condiz com o] [...] estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo; [a transdisciplinaridade remete àquilo que] [...] está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina[499].

Nesse aspecto, na pesquisa pluridisciplinar, o conhecimento do objeto (no caso em questão, o objeto desta tese são os meios de tratamento dos conflitos) é aprofundado por "algo a mais" que vem de outras disciplinas, embora sua finalidade continue circunscrita à estrutura do objeto de análise (ao direito).

Por essa premissa, na cultura do consenso, apresenta-se a natureza pluridisciplinar, pois os operadores do direito devem "beber" de outras fontes que não apenas as jurídicas, fazendo "interconexões" ou "teias complexas" com outros ramos do saber e originando as possibilidades do estabelecimento de novos níveis de realidade. Na mediação de conflitos, surge a necessidade de um parâmetro de conhecimento não apenas fundamentado no saber legalista das normas, mas em um referencial autônomo e assentado na pluridisciplinaridade.

No exercício da sua função de reestabelecer a comunicação, o mediador, por exemplo, precisa trabalhar com o agrupamento de outras disciplinas para além da formação jurídica. Como ressaltado nesta tese (seção 2.1.5), a empatia, a escuta ativa e a comunicação não violenta são espécies de habilidades ou competências sociais pluridisciplinares, ou seja, não se encontram catalogadas em manuais jurídicos e que são intrínsecas ao funcionamento da mediação, sem as quais o mediador e os demais sujeitos não conseguem interagir de forma eficaz.

Além disso, o próprio método da mediação de conflitos incorpora conteúdos de muitas outras áreas do conhecimento. As ferramentas também não estão conceituadas, tampouco descritas em manuais jurídicos. Elas, assim como as habilidades sociais, possuem conteúdos

---

[499] NICOLESCU, Basarab. **Um novo tipo de conhecimento** – transdisciplinaridade. Educação e transdisciplinaridade. Brasília: Unesco, 2001. p. 14-15.

pluridisciplinares, fazendo com que a mediação promova o conhecimento lógico, analítico e hermenêutico de outras disciplinas e rompe com o dogma da mentalidade positivista, disciplinar e racional. Na mediação de conflitos, a validade e a eficácia das regras para estabilização dos conflitos dependem muito mais do conhecimento pluridisciplinar do mediador para fazer valer a comunicação eficiente entre as pessoas, destacar e separar as posições jurídicas dos interesses sociais do que propriamente da definição de qual norma jurídica se aplica ao caso concreto.

A mediação, enquanto representante principal da cultura do consenso, não evoca o movimento intelectual do cartesianismo[500] como maneira de solucionar os litígios pela busca pela verdade científica e inquestionável. Não é o objetivo traçado pelo mediador a busca da verdade formal contida nos autos, uma vez que a fragmentação do conhecimento em disciplinas separadas e estanques esvazia a possibilidade de compreensão do próprio conflito e, sobretudo, a impossibilita a construção de um pensamento reflexivo e verdadeiramente crítico.

Tendo em vista que as pessoas vivenciam uma realidade complexa e não linear, é preciso também, por consequência, contar com um método holístico de tratamento dos conflitos capaz de compreender o caráter plural, dinâmico e multidimensional do próprio conflito. Nesse aspecto, a mediação na cultura do consenso é uma abordagem de tratamento das controvérsias que não subestima o modo de pensar cartesiano, porém se utiliza de qualidades e aptidões que não são encontradas nas partes (apenas no conhecimento do direito), afinal, como lembra Morin "[...] não se trata de abandonar o conhecimento das partes pelo conhecimento das totalidades, nem da análise pela síntese; é preciso conjugá-las".[501]

Quando comparada com a cultura da sentença, a cultura do consenso não se mostra um espaço ocupado pelo modelo cientista da pureza (neutralidade e objetividade), obtido mediante o afastamento do seu objeto de pesquisa dos fatos sociais. Isso porque, na cultura da sentença, prevalece uma única disciplina: o positivismo dogmático, intimamente associado à promulgação legal de competência legislativa. Não é à toa que Warat denuncia a cultura da sentença (embora não tenha lhe dado este nome) como o "monastério dos sábios", demonstrando que a ciência jurídica atua em um "espaço de poder", sendo a erudição da

---

[500] Cartesianismo é um movimento intelectual desenvolvido pelo filósofo René Descartes (1516-1650), considerado o pai da filosofia moderna, e que pretende alcançar a verdade científica, inquestionável, pelo método pautado na razão e marcado pela fragmentação, pela redução e pelo objetivismo do conhecimento.
[501] MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000. p. 46.

linguagem um exemplo de seus mecanismos de "ritualização" simbólica e submissão metodológica ao conhecimento normativo teorizado tido como verdadeiro e positivado.[502]

A cultura jurídica da sentença, segundo uma perspectiva monista, percorreu toda uma trajetória histórica composta de uma postura nitidamente diretiva, onipotente e, muitas vezes, distante do que acontecia no seio da sociedade. Na cultura tradicional, ao Poder Judiciário foi conferido o poder de cobrar condutas e penalizar, em uma relação claramente de manutenção do *status quo* ou, como disserta Wolkmer, da redução do direito à produção normativa estatal, do distanciamento das práticas estatais e da não valorização da necessária leitura interdisciplinar em todas as esferas vivenciadas.[503]

Na cultura da sentença, o conhecimento é dependente de uma única fonte (o próprio direito), formando-se juristas despreparados para lidar com a complexidade das questões contemporâneas. O meio de tratamento dos conflitos correspondente ao processo judicial apresenta natureza apenas disciplinar, porque o modelo dogmático mantém seu papel naquilo que lhe é peculiar à área jurídica, não se abrindo para outros campos metodológicos – ao contrário: no meio de tratamento dos conflitos correspondente à mediação, tem-se uma visão sistêmica do conflito que não admite a reprodução de práticas jurídicas formais e burocráticas que impeçam o protagonismo das partes.

Portanto, seja em razão das habilidades sociais ou das ferramentas aplicadas pelo mediador durante as sessões, o conhecimento do facilitador é transversal e pluridisciplinar, abstraído da autoridade do juiz e das técnicas hermenêuticas de silogismo e subsunção do fato às normas para auxiliar no tratamento da lide sociológica.

3.2.4 A valorização da cooperação (colaboração) com o resultado positivo para ambos os participantes

O conhecimento acerca dos métodos de tratamento dos conflitos, ao longo da história cultural de um povo, tem sido transpassado como a representação fiel da realidade, ou seja, a visão dos meios de gestão das controvérsias depende do recebimento passivo das informações advindas de "fora" do sujeito cognoscente. Em consequência, quando se investiga o modo como se desenvolve ou se adquire a cultura da sentença, fica evidente que as recepções mentais são

---

[502] WARAT, Luiz Alberto. Incidentes de ternura. *In*: BORGES FILHO, Nilson (org.). **Direito, estado, política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
[503] WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa – Ômega, 1994.

baseadas na representatividade do patriarcalismo, que é geradora de uma sociedade fundada na valorização da competição e de um resultado positivo para uma parte e negativo para outra pessoa.

O fenômeno de competição que, conforme destaca Maturana, não se dá no âmbito biológico, mas somente no viés cultural e que implica contradição e negação do outro[504], não é congruente com a forma básica adotada na mediação de conflitos. Isso porque a mediação, diversamente do processo judicial, não procura apontar quem está certo ou errado, quem ganha ou perde, mas tende a estabelecer consensualmente a solução para o caso concreto. Corroborando essa ideia, Ernandorena discorre que o Poder Judiciário reflete, em sua essência, o lado competitivo e patriarcal da sociedade, ao consagrar como parâmetro às suas decisões o maniqueísmo do bem e mal, do culpado e inocente, do vitorioso e derrotado, ao passo que a mediação supõe que os indivíduos estão em pontos de vistas excludentes, mas convida à reflexão responsável para colaboração.[505]

A cultura do consenso está centrada na confiança, na autonomia e no empoderamento das próprias pessoas, na autoridade de princípios basilares, como a alteridade e a fraternidade, razão pela qual seu símbolo é representado pelo jogo cooperativo (colaborativo), cujo resultado é positivo pelo ganha x ganha.

A própria natureza da cultura do consenso incentiva os jogadores a realizarem o comportamento baseado no agir cooperativo, porquanto devolve às partes o protagonismo sobre a solução das suas contendas, já que não será unilateral do primeiro, tampouco do segundo, mas uma saída original realizada por ambos e que não pertence a nenhum dos dois propriamente.[506]

Por meio da linguagem cooperativa empregada na cultura do consenso, chega-se à nova concepção do direito: ao paradigma que determina o novo objeto jurídico no que se vê deslocado das normas (lide processual) para o conflito (lide sociológica). Na postura consensual, que comporta a comunicação bilateral entre os envolvidos, não se busca a decisão pelo terceiro, mas sim o tratamento pelas próprias partes que podem receber o auxílio de um facilitador, para o encontro de um resultado positivo a todos os participantes.

---

[504] MATURANA, R. Humberto. **De máquinas e seres vivos** – autopoiesis: a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

[505] VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar (org.). **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

[506] GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

O grau de comprometimento da cultura jurídica do consenso resulta do bloco cultural (crenças e valores) no *status* da autocomposição pelo instrumento, para esta tese, da mediação, cujo poder deriva da responsabilidade dos próprios participantes na tomada da decisão e no valor do diálogo. Na dinâmica da cultura consensual, não existe o enquadramento técnico das condições e dos pressupostos da ação, tampouco o ritual do procedimento ou a infantilização das partes na busca pela "verdade" de um terceiro.

A cultura do consenso implica gerenciar os conflitos a partir da participação voluntária dos envolvidos, na valorização de suas opiniões e no reconhecimento da responsabilidade de todos os sujeitos num movimento dialético de cooperação para o fim do acordo ou para a transformação da relação social. A vivência da cultura do consenso pelos meios autocompositivos exige a coordenação e a delegação de múltiplas habilidades, técnicas e ferramentas para melhor conduzir o processo de colaboração.

Diferentemente da cultura da sentença, que privilegia o sentido de normas, atos e posições jurídicas que se reportem aos destinatários realizando, entre eles, o contraditório, a cultura do consenso exige reconhecer outros princípios e direcionar a atenção aos sentimentos, às questões e aos interesses que ficam "ocultos" nos autos.

Portanto, se as práticas sociais comumente fazem sentido quando observadas a partir da cultura que as cria e as sustenta, não é possível trabalhar os meios de tratamento dos conflitos presentes na cultura do consenso a partir das lentes (histórico e símbolos) da cultura da sentença e vice-versa. Como consequência, qualquer meio de transformação de um modelo de preponderância cultural para outro requer não apenas absorver as premissas e os elementos definidores (da forma de cultura que se pretende adquirir), mas, sobretudo, afastar-se dos símbolos dominantes da cultura que se quer esvaziar.

4 A CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E OS ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL

O Sistema Jurídico de tratamento dos conflitos no Brasil contemporâneo caminha para fomentar uma cultura do consenso? Em princípio, da interpretação gramatical e sistemática do vigente Código de Processo Civil (CPC), em especial baseada no art. 3º§ 2º e §3º[507], a resposta deveria ser positiva. Na atualidade, devido às transformações historicossociais, poder-se-ia concluir que o sistema de justiça brasileiro adota como meio preponderante a autocomposição e, como instrumento, a mediação de conflitos na busca do consenso quando determina, no art. 3º, §3º e seguintes, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual, sem prejuízo de um capítulo específico (capítulo 3), no qual aborda sobre a função dos mediadores enquanto auxiliares do juízo.

No entanto, embora existam previsões legislativas, o que o Sistema Jurídico no Brasil mantém são entraves à materialização fática da cultura do consenso na medida em que, tecnicamente, emprega de modo inadequado os conceitos da cultura do consenso. Isso é perceptível pelo fato de a mediação ser prestigiada quando feita sob o ritual e o manto do Poder Judiciário, por meio e no interior do instrumento heterocompositivo do processo judicial, com vistas a chegar, necessariamente, ao acordo. Como se depreende desses pontos limitantes, é uma cultura do consenso estabelecida e tutelada a partir dos símbolos culturais da sentença.

Daí porque, entre o mundo da norma (do dever ser – medição de conflitos planejada como símbolo da cultura do consenso) e o mundo dos fatos (do ser – processo judicial como símbolo predominante da cultura da sentença), existe um abismo tamanho que leva a questionar quais são os possíveis entraves à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual.

De início, é preciso lançar um primeiro olhar sobre a história. O entrave histórico está conectado com a precária realidade da educação brasileira, em especial com a forma como os

---

[507] Art. 3º: não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

cursos de direito ensinam e cuja metodologia encontra-se descentralizada do ser humano, além da carência de disciplinas baseadas nas competências e nas habilidades sociais. Além disso, não se tem uma codificação da mediação, tampouco grades curriculares que abranjam os meios autocompositivos e, quando existentes, poucas são as que trabalham com as habilidades para além da interpretação ou subsunção do fato à norma. Aliás, apenas a inserção de disciplinas de mediação (ou de meios "alternativos") não tem o condão de modificar, por si só, uma cultura, sendo preciso um eixo de matérias pluridisciplinares para corroborar com a mudança que se pretende perfectibilizar.

Após, percebe-se uma atecnia na seara legislativa. O CNJ e a política legislativa brasileira estabeleceram, nos últimos oito anos, precisamente entre os anos de 2010 e 2018, dispositivos de mediação institucional que, a serviço de seus usuários, não encontram ali um lugar de mediação propriamente dito, mas sim um espaço/lugar público onde se quer tão somente acabar com o litígio.

Ademais, ao avocar para si a mediação, o Poder Judiciário mantém viva a crença de que é a única instituição ou estrutura capaz de solucionar adequadamente os litígios (já que, conforme pesquisa feita pelo ICJBrasil, produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, no ano de 2017[508], a maioria das pessoas ainda prefere buscar o Judiciário para tratar de seus problemas) e, devido a isso, acaba por contribuir para a manutenção da cultura da sentença. A mediação institucional, feita pelo próprio Poder Judiciário, não abre espaço para a chamada mediação cidadã ou emancipatória[509], porque

---

[508] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil.** 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

[509] Distinguindo a mediação institucional da mediação cidadã ou emancipatória, Six afirma: a diferença entre elas está na origem dos diferentes mediadores e no seu respectivo modo de ação. Enquanto os mediadores institucionais representam um poder, são estabelecidos institucionalmente pela própria República e cumprem um trabalho específico a serviço da instituição e dos clientes, os mediadores cidadãos representam as pessoas e, sem meios técnicos, auxiliam as pessoas a encontrarem uma saída para seus conflitos. Além disso, os mediadores institucionais são profissionais nomeadores por instituições e, por isso, eles tendem a tornar-se "centristas" e a aproximar-se mais do interlocutor (do requerente que fez a demanda), ao passo que o modo de ação dos mediadores cidadãos não se restringe a conhecimentos técnicos e afasta o simplismo, os atalhos, a guarda, a paciência e a distância. Literalmente: "[...] vê-se que, suas origens, os modos de ação do mediador institucional e do mediador cidadão são distintos. Confundi-los impediria a mediação, em geral, de encontrar seu futuro. Ao contrário, conservar bem esta distinção capital entre as duas sortes de mediação permite dar os verdadeiros lugares à mediação institucional e à mediação cidadã e permites a estas levar uma à outra, à sua maneira, sua pedra para melhor construir as ligações sociais". SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barborsa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 35.

permanece sofrendo os influxos dos contra poderes judiciais, operacionalizados, não raras vezes, por profissionais jurídicos sem a adequada capacitação.

Sem contar que a mediação de conflitos se transformou em uma unidade de segurança jurídica, tendo em vista que se tornou um mecanismo sinônimo de busca pelo acordo. A mediação do modo como foi incorporado pelo Sistema Jurídico brasileiro leva a crer que o instituto apenas se sustenta quando resulta em um acordo, de modo a desconhecer que a abordagem busca também transformar relações humanas, ainda que não gere acordo entre os envolvidos.

Na cultura jurídica contemporânea brasileira de tratamento ou gestão dos conflitos, a mediação foi incorporada somente como uma questão de resolução dos conflitos, e não como um trabalho de regulação constante das relações entre os participantes para o fim de reparar laços ou gerenciar rupturas. A mediação de conflitos em território brasileiro se apresenta como uma teoria fechada, baseada no encerramento das controvérsias, não se conferindo validade ou eficiência ao mecanismo quando, nesse método, não se alcança um acordo.

Nesse sentido, a proposta desta tese parte da existência do *standard* de alterações normativas nos métodos de tratamentos dos conflitos previstos no Sistema Jurídico brasileiro, para investigar em que medida o dever avocado pelo Poder Judiciário, como matéria de sua responsabilidade em criar uma política pública nacional de solução consensual das demandas, estimula a cultura do consenso, simbolizada pela atividade técnica da mediação de conflitos.

Especificamente, neste quarto capítulo, partindo da demonstração de que a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos se desenvolveu arraigada historicamente e sob os símbolos da sentença e que as atuais alterações legislativas fundamentadas na tríade da Resolução n. 125/2010, do CNJ; Lei de Mediação; o vigente CPC, apenas mantêm vivo um sistema de administração da justiça fragmentado e descompromissado com sua real eficácia, o objetivo é diagnosticar e discutir quais são os entraves existentes no sistema jurídico de tratamento dos conflitos no Brasil contemporâneo que podem, ao menos teoricamente, obstaculizar a mudança cultural pretendida.

Por ser a inserção da mediação como símbolo da ruptura de uma cultura jurídica do tratamento dos conflitos preponderantemente da sentença, enseja diferentes olhares e naturais divergências de concepção do seu implante junto ao Sistema Jurídico brasileiro.

Dessa forma, o objetivo deste último capítulo (e que com o objetivo desta tese se entrelaça) é definir os contornos para a compreensão da cultura jurídica da sentença no Brasil e, a partir disso, diagnosticar se existem entraves; causas que possam contribuir para ineficiência do modelo de cultura consensual. A tese está interessada em fugir do “lugar

comum" daquilo que "deveria ser" o sistema de administração da justiça e foca-se naquilo que "é", estando compromissada em observar e descrever acerca dos possíveis entraves à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual e contribuir academicamente, ampliando o conhecimento na área de estudo.

4.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS: O PROCESSO HISTÓRICO E SIMBÓLICO DE VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA

Delimitou-se, no capítulo segundo, que as realidades assimiladas são coletivizadas para atuar sobre as tensões sociais existentes, que reforçam as normas e sedimentam as tradições, sem esquecer que as realidades mais fluidas podem ser adquiridas também no particular de cada indivíduo, ou seja, a noção de cultura inclui as ideias, os valores e as normas decorrentes de um processo histórico, além das crenças (símbolos) que são amplamente compartilhadas por um grupo social.

Além disso, definiu-se no capítulo dois que a relação entre a cultura e o sistema de tratamento dos conflitos é reflexiva, isto é, a história de uma sociedade influencia a formação cultural do seu povo (a cultura depende da história de um povo), o que, por consequência, resulta na formação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. O método de tratamento dos conflitos é um reflexo da cultura a qual se pertence e, se a cultura expressa tudo aquilo que caracteriza a história da sociedade, a discussão sobre a cultura, em especial a cultura jurídica, auxilia a pensar sobre a própria realidade social.[510]

Dessa forma, é importante entender os sentidos de uma realidade cultural para aqueles que nela vivem, já que cada realidade cultural tem a sua lógica interna, de modo que se deve procurar conhecê-la para que, assim, façam sentido às suas práticas e aos seus costumes. É preciso relacionar a variedade de procedimentos culturais com os contextos históricos nos quais são produzidos.[511]

Para analisar um sistema cultural jurídico é, então, necessário verificar a situação sócio-histórica que o produziu. Se a história de cada sociedade explica as particularidades de cada

---

[510] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflito**s: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[511] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

cultura, é importante, para compreender a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, entender o processo histórico de aculturação[512], subcultura[513] e socialização[514] que a produziu, as relações de poder e o confronto de interesses no interior do país.

O modo como o jurista vê a si como produtor de cultura e produtor de efeitos políticos é, sem dúvida, uma via riquíssima para desvendar alguns traços da cultura jurídica brasileira. Assim, retomando o conceito de cultura de Geertz, na qual a totalidade do seu vocábulo depende sempre de uma atividade interpretativa, de ser buscado, dentro de um contexto histórico, seu real significado para aquele grupo é que se pretende entender a cultura jurídica brasileira para o tratamento dos conflitos.

Por essa premissa, o que se quer extrair como componentes internos ou qual o real significado de uma cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos?

Desde já, é importante fixar o entendimento de que a definição dos itens integrantes da cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos não significa, a par das reconhecidas demais culturas e diversidades culturais internas existentes, alicerçá-la como a melhor ou a pior cultura jurídica, principalmente considerando que "[...] os modelos de solução dos conflitos adotados pelo Brasil foram praticamente todos herdados do arsenal da cultura jurídica portuguesa"[515].

O que se pretende, portanto, é apenas estabelecer um "padrão discursivo" de quais são os valores que integram a historicidade e simbologia dos métodos de tratamento dos conflitos efetivamente aceitos no Brasil e que dão azo à formação da sua cultura jurídica de tratamento dos conflitos, em especial da sentença.

No Brasil, a busca da solução de um conflito assume natureza contenciosa, inscrita por uma ação judicial e subscrita pela garantia do processo como método oferecido pelo Poder Judiciário, com intuito de obter um documento revestido do poder coercitivo do Estado: a sentença.

---

[512] Conjunto de fenômenos que resulta de um contato contínuo e direto entre grupos de indivíduos de culturas diferentes e que procedam mudanças nos modelos culturais. CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

[513] Não se trata de cultura inferior, mas sim dividida segundo as classes sociais ou os grupos étnicos. CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

[514] Processo de integração de um indivíduo a uma dada sociedade ou um grupo particular pela interiorização dos modos de sentir, pensar e agir. CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

[515] FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, UFMG, v. 98, p. 257-294, 2008. p. 236. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/76/74. Acesso em: 4 ago. 2019.

Uma das formas encontradas pelos indivíduos e pelos grupos para administrarem seus conflitos é por meio do disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), cuja redação estabelece que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será afastada do Poder Judiciário, impulsionando qualquer pessoa que se sinta violada ou ameaçada em seus direitos a recorrer ao Estado-juiz. Tal dispositivo destaca o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e aquele que se tornou a via tradicional de tratamento dos conflitos jurídicos no Brasil, ou seja, o processo judicial (jurisdição estatal).

Paradoxalmente, no entanto, referida garantia cria o conjunto de suposições sobre a realidade, o modelo ou o padrão aceito que explica determinado dado real, naquilo em que Kuhn denomina como "paradigma"[516]. O paradigma do direito encontra no precedente da lei a técnica para disciplinar as relações, apresentando, atualmente, como modelo da heterocomposição, mais especificamente do processo judicial.[517]

Por consequência, a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, aqui definida conforme a já mencionada expressão de Watanabe, "cultura da sentença", é um fato histórico e simbólico que reflete a forma como o país trata preponderante os conflitos individuais e coletivos.

4.1.1 A história delimita a cultura: a formação dos cursos jurídicos no Brasil

A cultura jurídica da sentença no Brasil é um fato histórico, porque, desde o ano da independência política do Brasil, em 1822, o direito brasileiro se confundia e se reproduzia, sobremaneira, conforme o sistema jurídico do "pai" (português). O ato proclamado por Dom Pedro I veio formalizar a independência do Brasil perante Portugal, entretanto, esse ato não teve o condão de concretizar a independência e a autonomia da fraca estrutura administrativa e cultural brasileira.

A história dos cursos jurídicos no Brasil pode ser dividida em duas fases: a partir da independência e a partir das mudanças deflagradas em 1930. Não há grande discordância quanto ao fato de que, na primeira fase, a meta das faculdades era formar uma elite intelectual, administrativa e política para o país recém-emancipado de sua condição de Colônia. No Brasil do início do século XX, o positivismo tomou conta das faculdades de direito e tornou-se sinônimo de esclarecimento e de bom caminho para o andamento de políticas públicas. Após

---

[516] KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 10.
[517] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

1930, embora algumas mudanças importantes tenham selado um novo momento dos cursos jurídicos no Brasil, inclusive com a criação da OAB, as reformas que então se iniciaram foram marcadas pela continuidade de uma postura teórica evolucionista.[518]

Assim, toda a estrutura da educação jurídica e dos cursos jurídicos no Brasil foi composta por uma burocracia importada de Portugal e da Europa, enviada para ocupar os cargos mais importantes e desempenhar as tarefas com grande margem de liberdade de decisão, desvinculado de uma rigidez legal, o que significava espaço para o cometimento de arbitrariedades. Eram homens provenientes das classes mais abastadas, que frequentaram o curso de direito da Universidade de Coimbra, sendo rigidamente selecionados, a partir de vários critérios, inclusive os de ordem pessoal.[519]

A maioria dos senhores rurais, que perfaziam a elite brasileira do início do século XIX, enviava seus filhos para receber educação em Portugal, os quais entravam para a carreira jurídica atrás desses cargos administrativos, que rendiam dinheiro e *status* – afinal, os "[...] bacharéis na época eram denominados como *letrados*".[520] De volta para a Colônia, ocupavam cargos públicos de toda a espécie, trazendo da Europa o ideário liberal, tão em voga em territórios como França e Portugal, o qual traduzia a última palavra em liberdade, progresso, modernização e civilização.

Recorda Hespanha que todo o direito foi considerado como muito mais do que o "[...] produto da vontade, momentânea e aleatória, dos detentores do poder, foi considerado uma razão escrita, instrumentalizável pelo poder e que se manifestava em uma tradição intelectual e textual"[521]. Acrescenta ainda que os juristas eram "[...] obrigados a aderirem à razoabilidade e a demonstrá-la, ou seja, cultivar um discurso 'dogmático'". [522]

Foi o tempo conhecido como "bacharelismo"[523], em que os perfis de profissionais, os bacharéis em direito, foram politicamente criados para exercer duas funções básicas:

> a) Constituir uma maneira de pensar que sistematizasse a ideologia política jurídica do liberalismo, para promover um Estado Nacional;

---

[518] SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Antropologia, direito e mediação no Brasil: um campo dialógico em construção. **Meritum**, Belo Horizonte, Fumec, v. 7, n. 2, p. 31-59, jul/dez. 2012.
[519] SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Antropologia, direito e mediação no Brasil: um campo dialógico em construção. **Meritum**, Belo Horizonte, Fumec, v. 7, n. 2, p. 31-59, jul/dez. 2012.
[520] ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 42.
[521] HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 112.
[522] HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 114.
[523] HOLANDA, Sérgio Buarque (org). **História geral da civilização brasileira**: tomo II – o Brasil monárquico. v. 5. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 420.

> b) Constituir um modo de ser dos profissionais, voltados à burocracia, para operacionalizar a ideologia das elites[524].

Ainda no período imperial, precisamente em 1827, Rodrigues recorda que a criação dos cursos jurídicos no Brasil era gerenciada pelo governo central e tinha no seu ensino (currículos, programas, professores e compêndios) a doutrina dominante do jusnaturalismo e uma metodologia limitada ao estilo das aulas-conferência em Coimbra.[525]

Dessa forma, o liberalismo europeu surgiu como alternativa ao colonialismo aqui implantado, ligado a uma tradição de dependência de Portugal e à estrutura já vislumbrada como arcaica para a administração do poder. O ideário francês sobre o liberalismo era comum nos meios intelectuais brasileiros, seja entre clérigos, seja nas sociedades secretas da maçonaria. Houve a transmigração dos princípios liberais burgueses, ligados ao cidadão europeu, para a figura do rústico senhor rural brasileiro, acostumado a toda a liberalidade concedida pelo governo português, em uma sociedade patriarcal.

Tomando como nota a explicação de Adorno sobre produção do perfil acadêmico/professor no Brasil, a qual "[...] privilegiou-se a formação política, em lugar da formação exclusivamente jurídica"[526], pode-se metaforizar para indicar que, nos cursos e no ensino jurídico, preferiu-se uma formação do jurista voltada para a burocracia no lugar de um arranjo humanista que favorecesse a interdisciplinaridade.

De certo modo, o que se percebe é que "[...] não se afigura comprovável que o ensino jurídico do império tenha sido eficaz a ponto de modificar o comportamento do corpo discente e lhe propiciar, por meio de um plano pedagógico definido, uma formação profissional"[527]. No período colonial, apenas foi dado continuidade aos entornos da cultura jurídica portuguesa em solo brasileiro e mantida sua estrutura centralizada.

Em suma, o direito do Brasil Colônia "[...] era um direito da metrópole, marcado pelo individualismo, ignorando-se o direito da população nativa e desconhecendo-se o direito informal, não estatal e marcadamente não solidário".[528]

---

[524] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992. p. 18.
[525] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992.
[526] ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 141.
[527] ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 93.
[528] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 121.

Mesmo após o processo de independência, o Brasil não conseguiu se organizar juridicamente de modo autônomo, permanecendo sob a égide legislativa da antiga metrópole e isso fica claro com a promulgação das Ordenações – normas promulgadas pelos reis de Portugal – com o escopo de vigorar no Brasil enquanto persistisse a lacuna de criação de um grande código.

A organização da administração na justiça pós-colonial é marcada por três fases: na primeira, no período das capitanias hereditárias, a justiça era entregue aos donatários; na segunda, dos governadores gerais, as antigas capitanias foram transformadas em província; na terceira, com o crescimento dos cidadãos e da população, aumentou-se o quadro de funcionários e autoridades da justiça. Ainda assim, a organização judiciária reproduzia a estrutura portuguesa.[529]

Nesse período, também havia duas correntes políticas disputando o poder: de um lado, uma proposta de superação da ordem colonial, espécie de plataforma do partido liberal; do outro, uma agremiação conservadora, que se mantinha ao lado do imperador e que advinha de setores oligárquicos de diversas regiões do Brasil. Com o triunfo do partido liberal, novas proposições jurídicas foram feitas como, em 1830, o Código Criminal, porém em termos de formação do perfil ideológico do jurista, não ocorreram mudanças significativas. Ao contrário: a estratégia liberal conservadora manteve, camufladamente, as bases monárquicas, burocráticas e inerentes à dominação patrimonial, o que resultou em problemas estruturais, por exemplo: "[...] favores, clientelismo, cooptação, base jurídica formal, retórica e ornamental".[530]

Desse modo, sobretudo em razão do liberalismo brasileiro, a cultura jurídica do século XIX era marcadamente formalista, retórica e ornamental, e possibilitou a construção da ordem política jurídica nacional com a criação dos cursos jurídicos no Brasil, com a formação de uma elite própria e com a edição de um notável arcabouço jurídico (Constituição, códigos e leis). As escolas de direito de Olinda e São Paulo, inspiradas no modelo europeu de Coimbra, contribuíram para elaborar um pensamento jurídico distante de grande parte da população e foram criadas com a finalidade de irradiar o liberalismo como ideologia política e jurídica.[531]

A partir desse contexto, observa-se que, em todas as fases da história dos cursos jurídicos no Brasil, a produção do conhecimento foi adquirida por meio de uma metodologia

---

[529] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008.
[530] WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 79.
[531] WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

baseada em aulas conferências e de códigos comentados. As aulas expositivas nas matérias eminentemente dogmáticas foram restritas às leituras de cada artigo, de modo que o

> [...] aluno aprende a lei vigente, mas não seus pressupostos, tampouco aprende a refletir, interpretar e racionar criticamente a norma posta, razão pela qual, a mudança de norma tende a tornar o conhecimento adquirido extremamente vazio no seu sentido.[532]

Assim, em razão dos cursos jurídicos serem derivação de uma elite nacional e "copiados" da metodologia de Coimbra, a história, por delimitar a cultura jurídica de tratamento dos conflitos no Brasil, criou uma visão unívoca (monista) do direito e do sistema de justiça.

4.1.2 O símbolo delimita a cultura: a jurisdição brasileira e o instrumento do processo civil para o tratamento dos conflitos

O aporte genuinamente historiográfico mostra que o sistema jurídico brasileiro tem um conjunto de significados que comportava a um só tempo sua forte carga simbólica em uma sentença. Portanto, a sentença é o símbolo que está afixado no imaginário e no senso comum coletivo da cultura jurídica de tratamento dos conflitos no Brasil.

O traço marcante da cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos é a busca, prioritária, tanto pelos cidadãos quanto pelos profissionais do direito, por uma sentença, ou seja, por uma decisão dotada de eficácia e segurança jurídica. Aliás, dados confeccionados pelo CNJ indicam que 80,1 milhões de processos estavam em tramitação no ano de 2018 (ano-base de 2017), ao passo que apenas 11,05% no número de acordos[533], comprovando a hipótese na busca por uma sentença, e não na procura e na satisfação dos métodos consensuais.

No Brasil, a busca da solução contenciosa de uma demanda, via de regra, é inscrita em um processo judicial ao ser apresentada ao Poder Judiciário, com intuito de obter uma sentença, documento revestido do poder coercitivo do Estado. Gonçalves, Rodrigues e Santos apontam como a formação propiciada pelos cursos de direito no Brasil atua como mantenedora do *status quo*, ao repetir o modelo que atribui preponderância à decisão adjudicada pelo juiz e proferida

---

[532] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **A crise no ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992. p. 120.

[533] Dados do Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base de 2017) revelam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. CNJ. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

pelo Poder Judiciário. As faculdades de direito orientam a formação dos futuros juristas para uma postura contenciosa, calcada na sentença judicial, enquanto *locus* de poder e da coerção, concebida como "único ou o mais adequado" método capaz de responder e solucionar os conflitos[534]. Prova disso, por exemplo, é que na maioria das universidades espalhadas pelo país existem, em média, oito cadeiras de Processo Civil e uma, quando muito, optativa, de Meios Consensuais.

Ratificando a ideia, Stersi e Maillart, em pesquisa nos cursos de direito do Sul do Brasil nos anos de 2016-2017, concluíram que a cultura da sentença continua a ser reproduzida no Brasil, sobretudo em razão da desinformação, defesa de interesses corporativos, falta de informação e de formação adequada nos cursos de direito.[535]

Os bacharéis do direito são apegados à lógica do positivismo, da técnica da subsunção do fato à norma, do contencioso e da litigância, ingressando no mercado de trabalho para operar na lógica do combate, na busca incessante por uma sentença, totalmente despreocupados com o resultado útil e fático do método aplicado e, sobretudo, com o ser humano.

Enquanto comportamento mediado por símbolos, a cultura jurídica da sentença no Brasil é um produto do poder e da coerção, que motiva as posturas de atribuir somente a esse símbolo e ao seu emitente (o juiz), enquanto oráculo do poder decisório, o condão de resolver conflitos. Segundo Shirley, é possível considerar que a preponderância na administração de conflitos por meio de juízes e decisões adjudicadas é um reflexo de um tratamento paternalista que, no discurso, diz se tratar da educação da população quanto aos seus direitos e deveres quando, na verdade, não oferece tais recursos.[536]

4.1.3 Consequências da manutenção de uma cultura da sentença: a crescente litigiosidade e a morosidade institucional

Entre as várias maneiras possíveis de se administrar uma controvérsia estabelecida entre determinadas pessoas, a sociedade brasileira, em razão do seu desenvolvimento histórico e da

---

[534] SANTOS, Ricardo Soares Stersi; GONÇALVES, Jéssica; RODRIGUES, Horácio. Transformação da cultura da sentença para um cultura ampla e multiportas de administração dos conflitos jurídicos. *In*: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2017.

[535] Dados já demonstrados nas páginas anteriores. SANTOS, Ricardo Soares Stersi; MAILLART, Adriana Silva. A "cultura da sentença" em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de direito no Sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-699, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1962/1854. Acesso em: 19 dez. 2018.

[536] SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

sua estrutura simbólica, deu preferência para o método adversarial do processo judicial que, mediante um devido processo legal, instiga o enfretamento entre as partes na busca da decisão imperativa do magistrado, sob a coordenação do Poder Judiciário.

Tal situação é corroborada pela evolução das "ondas"[537] de acesso à justiça que, no Brasil, culminaram na acepção clássica de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, chegando-se a confundir ambos os termos, sobretudo em razão da previsão constitucional que impõe ao Poder Judiciário assumir o papel de guardião de toda lesão ao direito do cidadão, nos termos do art. 5º, XXXV.[538]

Historicamente, no Brasil, o direito de acesso à justiça é compreendido (equivocadamente)[539] pelos cidadãos como a simples faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, e o juiz é visto como um verdadeiro mito, pois "[...] no mundo das incertezas e das vicissitudes, a figura do juiz representaria a última trincheira".[540] Ademais, como recorda Abreu, os "[...] paradigmas jusnaturalistas e positivistas têm sido as matrizes que justificaram ao longo da história brasileira as práticas jurídico-políticas do modelo de justiça adotado"[541], o que significa dizer que a histórica cravou um sistema de justiça ritualizado e burocrático, atingindo recursos retóricos de justificação para sua manutenção.

Paralelamente a essa progressiva identificação do acesso à justiça com acesso ao Poder Judiciário, novíssimas dimensões da experiência social, como a invasão da política no campo jurídico, têm "[...] armado institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício

---

[537] O Projeto de Florença, transformado em uma obra de, ao todo, oito tomos pulicados em Milão, no ano de 1978, foi capitaneado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com o título "*Access to justice: the world wide movement to make rights effective – a general report*" e relatou o movimento do acesso à justiça enquadrando-o no processo evolutivo estatal de três ondas renovatórias. Para mais informações: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 10.

[538] 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. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 out. 2018.

[539] Diga-se "equivocadamente", porque o direito de acesso à justiça é mais amplo que o direito de acesso ao Poder Judiciário. Rodrigues sintetiza que a expressão admite duas acepções distintas: a primeira atribui ao significante "justiça" o mesmo sentido e conteúdo de "Poder Judiciário", tornando-as expressões sinônimas e, a segunda, parte da visão axiológica da expressão "justiça" e identifica como acesso a uma ordem determinada de valores e direitos fundamentais para o ser humano, de conteúdo mais amplo, englobando o primeiro termo. Para mais informações: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

[540] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2008. p. 97-98.

[541] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 156.

de uma intervenção nesse plano"[542], ou seja, têm ampliado a capacidade regulatória desse órgão. Todo o conjunto de novos direitos – desde a primeira até a quinta geração[543] – é decorrente do aumento de bens a serem tutelados, do crescimento do número de sujeitos de direitos e da própria ampliação de *status* desses sujeitos e traçam o perfil de um novo fenômeno denominado como "judicialização" das relações sociais.

A judicialização das relações sociais ou a politização do direito é a constituição de uma esfera pública vinculada a uma maior "[...] autonomia e mais liberdade ao Poder Judiciário para interferir nas relações entre o público e o privado e relações entre privado e privado"[544], ou seja, maior participação do Poder Judiciário para participar da arena política. Assim, o Poder Judiciário, antes periférico na prática forense da atual realidade brasileira, tem assumido novos papéis no Estado Democrático de Direito, "[...] não como um substitutivo da República, dos partidos ou do associativismo, mas como um agente ocupante de um vazio político".[545]

Em razão de um acesso à justiça alargado e da politização das relações sociais, a sociedade brasileira criou uma "patologia e se encontra doente", uma vez que precisa "[...] buscar a justiça para todo e qualquer problema, ou seja, é uma sociedade que sofre de infantilidade, de uma síndrome de tutela permanente".[546] A herança cultural jurídica brasileira está ligada à manutenção da sentença pelas práticas institucionais e pela valorização da heterocomposição e tem o condão de "adoecer" o sistema de administração da justiça mediante a sobrecarga de volume no número de processos judiciais.

Entretanto, em uma breve análise de custo (risco do prejuízo em ajuizar uma ação) x benefício (eventual decisão favorável ao interesse), segundo Marcellino Jr., é "[...] possível reconhecer que os indivíduos levam em consideração esse cálculo econômico, optando pela

---

[542] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.
[543] Noberto Bobbio sistematizou e ampliou as chamadas "gerações" de direitos consistentes em: 1ª geração: direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei; 2ª geração: direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; 3ª geração: os direitos transindividuais também chamados direito coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; 4ª geração: os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte; 5ª geração: os advindos da chamada realidade virtuais, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade. Para mais informações: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
[544] MOURA, Marcelo de Souza. Judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI: aspectos práticos da democratização do acesso à justiça e ao direito. **RJurFA7**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 69-83, jan./jun. 2016. p. 72.
[545] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 150.
[546] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2008. p. 97.

opção que lhe ofereça maior vantagem, inclusive nas causas judiciais"[547]. Dessa forma, não havendo possibilidade de prejuízo ou retirando os custos de tramitação da demanda, a probabilidade é que o indivíduo opte pelo ajuizamento da ação.

Acontece que os recursos financeiros do Poder Judiciário são escassos, ou seja, a previsão orçamentária de gastos do Poder Judiciário é limitada frente às demandas sociais instaladas. Há um intenso acúmulo de ações judiciais quando comparado à estrutura do Poder Judiciário que é limitada sob o ponto de vista dos recursos financeiros e humanos. Além disso, o modelo de gestão dos conflitos operado pelo Poder Judiciário brasileiro não oferece filtros para o controle de excesso de litigância ou acesso inautêntico das demandas frívolas ou abusivas[548] e, como consequência, o que se tem percebido, nos últimos anos, é um aumento no ingresso de demandas (crescente litigiosidade) e uma demora na resposta institucional (morosidade).

Assim, considerando a crescente litigiosidade e morosidade, houve um movimento em prol dos meios consensuais para que os cidadãos e os profissionais do direito adquirissem uma nova linha de conduta que resultasse na modificação no comportamento individual a ser difundido em toda a sociedade. A modificação estrutural (que se ressalte nada mais é que uma variação da antiga estrutura, afinal não houve dispersão do poder, conforme se examinará no item acerca dos entraves), decorreu de uma intervenção política do CNJ mediante as múltiplas perspectivas da política pública nacional de tratamento adequado dos conflitos.

A formulação da política pública do CNJ, por meio da Resolução n. 125/2010 que, depois, corrobora com o advento da Lei de Mediação e do atual Código de Processo Civil, é a "[...] escolha das alternativas a serem adotadas com o estabelecimento de metas e objetivos, razão pela qual a orientação tem viés não apenas meramente técnico, mas principalmente política"[549]. A partir disso, o Poder Judiciário interfere na esfera política e mais: o órgão é

---

[547] MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2018. p. 184.

[548] Marcellino Jr. defende que há abusividade na propositura de uma parcela das demandas judiciais, sobretudo em razão do acesso ilimitado ao Poder Judiciário que acarreta, por consequência, um inautêntico acesso, manifestado por meio das litigâncias frívolas – aquelas que são propostas, bem sabem os requerentes, com baixíssima ou quase nula chance de êxito, porque as questões já foram reiteradamente decididas, ou por meio das litigâncias abusivas – aquelas que são propostas por usuários habituais – ou de grande massa. Para mais informações: MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

[549] SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: UNISc, 2008. p. 2307-2333. p. 2318.

colocado como agente estratégico de governabilidade, configurando-se como um ator relevante no processo decisório político.[550]

Ocorre que a escolha da política pública nacional de tratamento adequado dos conflitos pela lógica da abreviação processual, visando a facilitação do consenso, pode provocar um aumento no volume de trabalho, como já aconteceu por meio da política pública brasileira, instaurada no âmbito dos Juizados Especiais, criados, sobretudo, à época para "[...] recuperar experiências históricas consolidadas no período colonial e republicano e para dar vazão às demandas judicializadas"[551], mas que apresentou um efeito contrário: a multiplicação desenfreada de processos e magistrados com dificuldades em julgar toda essa demanda, inclusive corroborado atualmente pelo número de processos em torno de 4.916.093, segundo o "Relatório anual do CNJ – justiça em números".[552]

Nesse âmbito, o Poder Judiciário brasileiro, mesmo estando organizado em cinco ramos ou segmentos de justiça (Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar), cada vez apresenta um número maior na litigância predatória e inautêntica, conforme o diagnóstico apresentado pelo CNJ, que abrange aspectos relativos à estrutura judiciária, aos recursos humanos e financeiros.

Do mencionado estudo, podem ser extraídos os seguintes apontamentos[553]:

i) despesas totais do Poder Judiciário somaram R$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011;
ii) os gastos com recursos humanos são responsáveis por aproximadamente 90% da despesa total;
iii) o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva;

---

[550] NATAL, Mariane; PAMPLONA Danielle Anne. A intervenção política do Poder Judiciário em políticas públicas: a judicialização da política seu impacto na democracia. *In*: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da legitimidade e eficiácia da prestação jurisdicional no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2018.
[551] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 178.
[552] Segundo os dados gerais de movimentação processual e litigiosidade retirados do "Relatório justiça em números 2018 (ano-base 2017)", principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, na qual se divulga a realidade dos tribunais brasileiros (estrutura e litigiosidade). CNJ. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.
[553] CNJ. **Relatório justiça em números 2018**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

iv) durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões, havendo decréscimo dos casos novos na ordem de 1% com relação ao ano de 2016, e aumento dos casos solucionados em 5,2%;

v) a demanda pelos serviços de justiça registrou crescimento acumulado na ordem de 18,3%, considerada toda a série histórica desde 2009;

vi) o crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos;

vii) na justiça estadual, concentra-se o maior número de processos a movimentação processual: casos novos 20.207.585 (aumento de 1,9%), taxa de congestionamento 75%, índice de conciliação 11%;

viii) na justiça estadual, concentra-se o maior número de processos o tempo médio dos processos: conhecimento 1º grau (3 anos e 7 meses), execução judicial 1º grau (3 anos e 10 meses), 2º grau (11 meses).

A partir dessa cartografia do Poder Judiciário, pode-se concluir que: houve aumento (investimento) na estrutura do Poder Judiciário, em especial dos recursos humanos, e ocorreu uma significativa redução da taxa de congestionamento, isto é, um aumento na eficiência da prestação do Poder Judiciário no julgamento dos casos. No entanto, os números não demonstram a eficácia no combate à procura da instituição, ao contrário: o que se percebe é que houve acréscimo na procura pela Poder Judiciário, mesmo após a política pública de medidas consensuais, continuando evidente a preferência pela cultura da sentença, afinal, não foram tomadas medidas para divulgação dos institutos à sociedade.

4.2 ABERTURA DOGMÁTICA E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA DA SENTENÇA EM CULTURA DO CONSENSO NO BRASIL

A manutenção de uma cultura jurídica de tratamento dos conflitos baseada na sentença leva ao exaurimento dos tribunais pela existência excessiva de demandas (crescente litigiosidade e morosidade) e de litigantes que não deveriam ocupar tal posição (litigantes abusivos e frívolos), mantendo vivos inúmeros problemas de ordem institucional. A partir desse contexto de "ineficiência" na própria estrutura do Estado, enquanto entidade política e de democracia representativa, ocorre um apelo legislativo por mudanças fundamentais à jurisdição

tradicional e por uma revisão geral no discurso do meio tradicional da sentença no tratamento dos conflitos.

Em uma tentativa de dar respostas céleres, efetivas e razoáveis às controvérsias dos jurisdicionados, todo o sistema de administração da justiça brasileira passou a ser repensado, em uma abertura dogmática e de mudanças legislativas que lembram aquele movimento social e histórico da década de 1960, denominado contracultura[554], no qual os tópicos centrais gravitavam no entorno da valorização da comunidade em detrimento do sistema de resolução dos conflitos fundado na atuação do poder dos juízes.

A racionalidade linear, adversarial e competitiva do processo judicial fez com que as instituições jurídicas formais (Poder Judiciário em todas as suas instâncias) passassem a ser questionadas como mecanismos de manutenção do poder das elites, evitando que os membros da comunidade ditassem os rumos do seu próprio ambiente e, por isso, os meios alternativos de resolução dos litígios tornaram-se tópicos de destaque na reforma política.[555] Desse modo, assim como em outros países, inclusive no Brasil, a construção de lugares sociais legítimos para a valorização da autonomia das pessoas passa a ser pauta nos marcos normativos.

O resgate da mediação alteraria a própria cultura em que estaria inserida, porque representativa um mecanismo idôneo para tornar a sociedade menos individualista e valorizar as relações intersubjetivas.[556] O poder construtivo da mediação estaria fundado na sua consensualidade, que permitiria aos participantes definir os contornos dos conflitos e das respectivas soluções. Daí porque, no sistema jurídico de tratamento dos conflitos brasileiro, a mediação foi eleita e reavivada como mecanismo representativo de uma nova cultura que se pretende adquirir consistente na cultura do consenso.

Se "[...] as práticas sociais comumente – fazem sentido – quando observadas a partir da cultura que as cria e as sustenta"[557], o elemento cultural de regras e condutas fundadas em um

---

[554] A contracultura se refere a um movimento social nos EUA, na década de 1960, descrito com notoriedade por Charles Reich como a "nova consciência", na qual ocorreu uma combustão espontânea de espíritos rebeldes no mundo inteiro, inclusive no Brasil. Em uma contestação global contra as sociedades industriais e o antiautoritarismo, o movimento pretendia: a desvalorização do racionalismo, a valorização da liberdade e do pacifismo com novas práticas políticas e comportamentais, em uma geração autônoma e distante da geração mais velha. Informações encontradas em: CAPELLARI, Marcos Alexandre. **O discurso da contracultura no Brasil**: o *underground* através de Luiz Carlos Maciel. 2007. 248 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, USP, 2007.

[555] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[556] BUSH, Baruch A. Roberta; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. 2. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2004.

[557] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.

contexto da mediação não pode ser anômalo, razão pela qual, desde o ano de 2010, o CNJ busca outras alternativas para tratar as demandas, que não apenas pelo processo judicial, tanto que edita a Resolução n. 125/2010, a qual impõe ao Poder Judiciário ser o "capitão" da política pública nacional de tratamento consensual dos conflitos. O CNJ não pretendeu pregar o fim do processo judicial, ao contrário: sua função foi mantida, servindo para tratar os conflitos indisponíveis, personalíssimos e fundamentais e que não admitam transação.

Entretanto, desde 2010, pragmaticamente, os tribunais não lançaram medidas para efetivar os meios consensuais, razão pela qual as "ondas" renovatórias do direito processual continuaram sendo perquiridas até que, em 2015, foram promulgadas duas leis: a Lei n. 13.101/2015, conhecida como o "novo" CPC, e a Lei n. 13.140/2015, conhecida como o marco legal da mediação no Brasil.[558]

A Resolução n. 125/2010, do CNJ, a Lei n. 13.140/2015 e a Lei n. 13.101/2015 formam o chamado "microssistema legislativo", responsável pela mudança cultural que se deseja executar em solo brasileiro: superar o paradigma tradicional do sistema de justiça, vinculado à heterocomposição para um novo modelo – a justiça consensual vinculada à autocomposição, em especial a abordagem técnica da mediação.[559]

A mencionada hiperlegislação teve o condão de "matar a espontaneidade das pessoas"[560] no tratamento dos problemas e conferir cientificidade para os meios consensuais, notadamente a mediação, afastando-a da prática artesanal do discurso sensível e poético de como encontrar cada qual a sua "reserva selvagem"[561], inserindo a complexidade de quando, onde e como fazer o processo de mediação com suas técnicas, suas ferramentas e seus procedimentos, sem os quais não se é capaz de atingir a unidade essencial do conflito.

Todavia, esqueceu o microssistema legislativo que a mediação é como escreve Six: "[...] ao mesmo tempo, uma técnica e uma arte"[562], sobretudo uma arte de desdramatizar o que as pessoas interpretam, escondem ou tentar dominar e que exige muita paciência daquele

---

[558] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[559] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.
[560] Expressão encontrada na obra de Warat para indicar que as pessoas vivem nas instituições, e não nas experiências da vida. WARAT, Luis Alberto. **Ofício do mediador**. v. I. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 30.
[561] Expressão encontrada na obra de Warat para indicar que o Ocidente e sua condição moderna cegaram as pessoas para o amor e para o reconhecimento da própria natureza interior. WARAT, Luis Alberto. **Ofício do mediador**. v. I. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 32.
[562] SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação.** Tradução: Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 231.

(facilitador), que sentirá o imaginário dos sentimentos, das sensações, das linguagens dos corpos e dos pensamentos do outro.

4.2.1 Resolução n. 125/2010 do CNJ: a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos

A primeira mudança legislativa, que teve como fins regulamentar o exercício das práticas consensuais (conciliação e mediação) no interior dos tribunais, ocorreu em 29 de novembro de 2010, quando o CNJ baixou a Resolução n. 125, denominada "Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário".

O mencionado ato normativo faz parte de uma gama de medidas estruturantes da função constitucional do CNJ, referente ao controle de atuação do Poder Judiciário, em especial o fomento da função do Poder Judiciário em oferecer serviços de qualidade na administração da justiça, estabelecendo uma política pública de tratamento adequado dos conflitos que oriente, em nível macro (nacional), diretrizes a todos os órgãos judiciários na garantia do efetivo acesso à justiça como ordem jurídica justa.

Nesse sentido, entre os dez motivos fáticos e jurídicos que levaram o CNJ a editar a mencionada resolução, consideraram-se como principais os seguintes argumentos:

i) a eficiência operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário;
ii) cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;
iii) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
iv) ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais.[563]

[563] Os demais motivos estão disponíveis no seguinte site: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 9 out. 2018.

Do teor dos mencionados objetivos, extrai-se que a ideia central ou as razões para o CNJ criar a resolução decorrem do crescente desequilíbrio no número de conflitos na sociedade. O elevado grau de litigiosidade e a universalização da jurisdição dão azo à chamada "ineficiência" na gestão dos processos, a qual impõe a complicação procedimental e a deficiência ou a obstrução das vias de acesso à justiça. Dessa forma, o CNJ no uso de suas atribuições constitucionais, pretende a racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, razão pela qual determinou que ao Poder Judiciário incumbe a tarefa de tomar para si a responsabilidade em criar um ato político como modelo de regulamento nacional para o tratamento dos conflitos.

Trata-se de objetivos que dizem respeito, segundo Grinover, aos esforços no sentido de melhorar o desempenho e a funcionalidade da justiça, colocando-se, portanto, em uma dimensão inspirada em motivações eficientistas.[564] Especificamente, o discurso por trás da resolução parece convergir para uma mesma preocupação: os números, pois é "[...] público e notório que o Judiciário não está dando conta de julgar todos os processos que integram o seu acervo em prazo razoável".[565] Por isso, a solução encontrada pelo CNJ foi estabelecer uma resolução cuja política judiciária deva englobar não apenas a administração das disputas pelo processo judicial, mas um sistema plural que observe as características de cada conflito.

A primeira ideia do CNJ ao criar a resolução, portanto, é de "índole funcional", na medida em que atribui ao Poder Judiciário o gerenciamento dos conflitos, organizando, de forma integrada, a importação de outros métodos de tratamento dos conflitos que, entre outros atributos, possam permitir aos juízes dividir a carga pesada de trabalho com outros funcionários, como os auxiliares da justiça (terceiros facilitadores de acordos).

Desse modo, a via judicial como única opção legítima para a administração dos conflitos parece sobrecarregá-la, razão pela qual se torna necessário encontrar soluções para os conflitos, com o objetivo de "pacificar a sociedade". Com o fim de alcançar esse escopo, o teor da própria resolução apresenta motivos para se crer que a mediação e a conciliação, a par dos processos judiciais convencionais, são os instrumentos aptos para pacificação, solução e prevenção de litígios.

---

[564] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

[565] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 165.

Nesse aspecto, a resolução dá ênfase no uso dos meios consensuais, tendo como polo difusores os tribunais, porque considera que:

> i) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem a capacidade de reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;
> ii) ao organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, evitam-se disparidades de orientação e práticas, bem como asseguram-se a boa execução da política pública;
> iii) ao organizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, criam-se bases para dar origem a órgãos judiciais especializados na matéria.[566]

A partir dos mencionados motivos, a segunda ideia da resolução elaborada pelo CNJ é sinalizar a importação da mediação para dentro da estrutura do Poder Judiciário como "fundamento social", isto é, os meios consensuais serviriam não apenas para atender aos reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional, como também para alcançarem os escopos sociais que a jurisdição se presta a realizar. Como discorre Grinover, em uma acepção mais ampla de jurisdição, a mediação insere-se no plano da política judiciária, porque a jurisdição depende de alcançar também a função da pacificação social que, via de regra, não é transmitida pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto.[567]

A segunda justificativa que aparece na resolução diz respeito à qualidade da mediação em diferentes contextos no sentido de que o mencionado mecanismo consegue captar a lide sociológica – essa, muitas vezes, difícil de ser apreendida no ambiente do processo judicial. O potencial visto pelo CNJ no uso da mediação decorre da possibilidade dos participantes, por meio do diálogo, chegarem ao consenso com o auxílio do terceiro, preservando o qualitativo no sistema de resolução dos conflitos, ou seja, contribui para um maior grau de efetividade no acesso à justiça e na pacificação dos conflitos.

Portanto, das duas categorias de motivos apresentadas pelo CNJ para criação da resolução com a inclusão da mediação entre os meios judiciais no tratamento dos conflitos, têm-se: uma primeira de natureza institucional para preservação da instituição (Poder Judiciário) enquanto mantenedora do seu papel de dizer e efetivar o direito dentro de um prazo razoável; a segunda de natureza social para o cumprimento do escopo comunitário (de pacificação) da

---

[566] Motivos disponíveis no seguinte site: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em 20 out. 2018. p. 5.
[567] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

jurisdição, além de incluir a participação popular (exercício da cidadania) na administração da justiça.

Não obstante, é perceptível que as duas justificativas acabem por evidenciar o *status* sempre presente do Poder Judiciário, pois estimula o uso da mediação, não porque é uma abordagem autônoma, mas porque aquele órgão já não suporta mais a quantidade de demandas, reduzindo o mecanismo da mediação em uma etapa incidental de processos em tramitação (não se busca estimular em igual medida o uso da mediação extrajudicial). Assim, a resolução, ao centralizar a gerência também da mediação pelo Poder Judiciário, "[...] apenas reforça a ideia já bastante arraigada de que apenas o Estado está legitimado para administrar os conflitos de interesses"[568]. Deixa de ser a abordagem da mediação, portanto, fruto de um produto do saber local ou da necessidade cultural do cidadão e dos profissionais do direito em valorizarem o consenso, oferecida segundo as suas qualidades práticas, e passa a ser apenas uma consequência da etnografia de uma sociedade demasiado litigiosa e de um Poder Judiciário ineficiente cujos rituais são morosos, caros, pouco transparentes e, por que não crer que, às vezes "injustos".

Sopesada as justificativas para criação da resolução, esmiuça-se seu conteúdo composto por 19 artigos, distribuídos em quatro capítulos, versando sobre a política pública de tratamento adequado de interesses (capítulo I); atribuições do CNJ (capítulo II); atribuições dos Tribunais (capítulo III) e do portal de conciliação (capítulo IV). Contêm, ainda, o anexo I, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento; o anexo II, que cuida de sugestões de procedimentos a serem adotados nos setores de solução pré-processual e processual; o anexo III, que traz o código de ética dos conciliadores e mediadores judiciais; o anexo IV, que cuida dos dados estatísticos.[569]

No capítulo I, que trata sobre a política pública de tratamento adequado de interesses, o CNJ privilegia a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação dos facilitadores e o diagnóstico estatístico e empírico dos resultados dos serviços prestados, além de impor aos órgãos judiciários o dever de oferecer, entre outros mecanismos consensuais, a mediação antes do pronunciamento judicial da sentença[570]. A ideia é oferecer a possibilidade de consenso já no início do procedimento para fins de evitar o desgaste do tempo processual mediante uma tríplice diretriz: fomentar a construção de locais específicos para realizarem as sessões de mediação,

---

[568] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 49.
[569] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 20 out. 2018.
[570] BRASIL. **Resolução n. 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 20 out. 2018.

capacitar os profissionais para exercerem o processo de mediação e coletarem os resultados dessa política nacional.

Vale ressaltar que, para se criar verdadeiramente uma política pública, evitando o atraso e o retrocesso como ocorreu com os Juizados Especiais (instalados sem equipamentos e pessoal habilitado), são necessários: infraestrutura adequada de material e pessoal (independência financeira do Poder Judiciário); investimento na educação com capacitação dos profissionais e parcerias institucionais, visando atingir uma verdadeira mudança de mentalidade.[571] Por isso, para se concretizar a mencionada "tríplice diretriz", o capítulo II insere uma série de atribuições ao CNJ, em especial a organização de um programa voltado para promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, diante, entre outras providências, de:

> i) diretrizes curriculares, tanto nas instituições públicas quanto nas privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como módulos voltados aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento dos magistrados e nas escolas da magistratura;
> ii) criação do cadastro nacional de mediadores judiciais e conciliadores visando interligar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais;
> iii) criação de parâmetros de remuneração de mediadores.[572]

A organização do programa, referente à política pública nacional, elaborada pelo CNJ, quer providências essencialmente na seara educacional, para inserir na sociedade brasileira uma mudança de estratégia no tratamento dos conflitos, afastando-se da ideia de encontrar a solução do litígio na própria litigância, sem pacificar os contendores, para incentivar circunstâncias que viabilizem os meios consensuais.

Acontece que a missão pacificadora assumida pela CNJ, segundo as atribuições explícitas no capítulo II da resolução, depende da operacionalização pelos tribunais das tarefas expostas no capítulo III, tais como:

> i) criação dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores;
> ii) tais núcleos deverão instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores; criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores;regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e

---

[571] NETO, Caetano Lagrasta. Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

[572] BRASIL. **Resolução n. 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em 20 out. 2018.

> mediadores ou optar por formar quadro de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos.[573]

O plano de reeducação do tratamento dos conflitos, por meio de medidas consensuais, é uma diretriz que, embora seja de nível nacional, não depende apenas do programa geral do CNJ, mas da operacionalização, pelos próprios tribunais, dos núcleos de mediação e cadastro de facilitadores. A vertente da resolução é de que o sistema de mudança da cultura jurídica brasileira da sentença apenas atingirá sua excelência se o processo de implantação e funcionamento se coadunar com as peculiaridades (espaço físico, equipamentos e servidores) de cada tribunal.

Para complementar, o anexo I da resolução trata sobre o curso de capacitação dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores), dividido em duas etapas (teórica e prática). A parte teórica tem como carga horária o mínimo de 40 horas/aula e deve, necessariamente, ser complementada pelo módulo prático (estágio supervisionado) de 60 a 100 horas.

Entre o conteúdo programático teórico, elegeram-se como disciplinas essenciais: panorama histórico dos métodos consensuais de solução de conflitos; política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos; cultura da paz e métodos de solução de conflitos; teoria da comunicação/teoria dos jogos; moderna teoria do conflito; negociação, conciliação e mediação; áreas de utilização da conciliação e da mediação; interdisciplinaridade da mediação; o papel do conciliador/mediador e sua relação com os envolvidos (ou agentes) na conciliação e na mediação e a ética dos facilitadores. Já o conteúdo prática, dependerá da participação do estágio supervisionado de casos reais, acompanhado por um membro da equipe docente (supervisor), desempenhando, necessariamente, três funções: a) observador; b) coconciliador ou comediador; c) conciliador ou mediador.[574]

O anexo I serve para assegurar o modo como a política pública de tratamento adequado dos conflitos deve ser posta em desenvolvimento, mediante a participação de profissionais nos cursos com transmissão de informações teóricas e vivências práticas para aquisição do mínimo de conhecimento indispensável para mudança de perspectiva que se pretende desenvolver na cultura jurídica brasileira.

---

[573] BRASIL. **Resolução n. 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em 20 out. 2018.

[574] BRASIL. **Resolução n. 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 22 out. 2018.

De acordo com a exposição de motivos elaborada no "Manual de mediação judicial", criado pelo próprio CNJ, a nova política institucional requer treinamento (*upgrade* de seus sistemas operacionais) de magistrados, mediadores, conciliadores, advogados, instrutores e outros profissionais, com o intuito de otimização dos resultados dos processos de resolução de conflitos para o uso eficiente dos recursos materiais e humanos do Poder Judiciário.[575] Mais uma vez, fica claro que o grande impulso ao "movimento pela conciliação" é, sobretudo, decorrente do fundamento institucional, isto é, do dilema da falta de credibilidade presente na organização do aparelho do Estado como prestador do serviço de administração dos conflitos.

Por último, convém mencionar que, em 2014, o CNJ editou uma complementação à Resolução n. 125/2010, denominada Recomendação n. 50, que orienta os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais a realizarem estudos e ações tendentes a dar continuidade ao movimento de conciliação mediante: oficinas de parentalidade; estímulo dos magistrados a encaminhar disputas para a mediação de conflitos; apoio de práticas de empresas e de grandes litigantes que visem avaliar o grau de satisfação do jurisdicionado nas audiências de conciliação como critério de remuneração dos prepostos; acompanhamento da satisfação do jurisdicionado nos encaminhamentos de feitos a mediadores judiciais; certificação dos cursos de formação de conciliadores e mediadores judiciais; administração dos estágios supervisionados junto às unidades jurisdicionais, bem como junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros).[576]

A recomendação completa o pacote de medidas do movimento autocompositivo brasileiro, com vistas a fomentar a substituição da solução adjudicada dos conflitos, cujo critério baseia-se na chamada "cultura da sentença", por outros mecanismos consensuais, por exemplo, a mediação, como forma de ascensão da cultura do consenso.

Do exposto quanto à elaboração da Resolução n. 125 do CNJ, pode-se afirmar que a "[...] sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célere pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão de um juiz togado"[577], razão pela qual o

---

[575] AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. 2. ed. Conselho Nacional de Justiça Comitê Gestor Nacional da Conciliação: 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 22 out. 2018.

[576] BRASIL. **Recomendação n. 50/2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241. Acesso em: 22 out. 2018.

[577] BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64.

flagrante número descompassado de processos, atualmente girando em torno de 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva[578], criou o padrão idealizado na cultura jurídica de tratamento dos conflitos pelos cidadãos brasileiros de que o acesso ao Poder Judiciário e ao mecanismo do processo judicial é o único modo de tratamento das demandas.

Em decorrência do paradigma da cultura da sentença, o mecanismo institucional tradicionalmente disponível para resolução dos conflitos correspondente ao processo judicial não tem mais dado conta, seja no aspecto quantitativo (quando se atribui ao cumprimento do direito ao acesso à justiça como ordem jurídica justa e razoável), seja no aspecto qualitativo (quando não se verifica o cumprimento do escopo social da jurisdição – pacificação). Por sua vez, foi assim a resolução pensada e posta em prática.

Veja-se, portanto, que a Resolução n. 125/2010 é fruto da seguinte espiral: valores e crenças culturais baseadas no processo judicial geram uma sociedade brasileira litigiosa e um Poder Judiciário inoperante. A ideia "pano de fundo" da resolução é de que o Poder Judiciário, por se encontrar sobrecarregado, depende de um plano nacional de emergência (estrutura, capacitação e conscientização de meios consensuais) para seu salvamento. Assim, somente como ideia secundária a cultura do consenso é instigada como política nacional.

4.2.2 A Lei n. 13.105/2015: o vigente Código de Processo Civil

A segunda alteração foi trazida pela Lei n. 13.105, de 16 março de 2015, que representa o vigente CPC como marco histórico em direção à mais completa constitucionalização dos meios consensuais, ao positivar uma nova ideologia e uma nova forma de compreender a dogmática processual civil sintonizando as regras legais com os princípios constitucionais.

O CPC brasileiro de 1973, ao longo de sua vigência (de 1973 até 2015), a despeito de ser um monumento jurídico-científico, revelou-se descompassado com sua finalidade primeira: a obtenção da realização do direito material. Assim, em um dado momento histórico, justificou-se a renovação do arcabouço processual civil brasileiro por uma nova lei que, de fato, fosse condizente com as garantias constitucionais de um Estado democrático de direito. Além disso,

---

[578] Segundo os dados gerais de movimentação processual e litigiosidade retirados do "Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)", principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, na qual se divulga a realidade dos tribunais brasileiros (estrutura e litigiosidade). CNJ. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018**.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

que a nova lei proporcionasse a real efetividade do processo judicial e garantisse à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos inerentes a ela. Foi partindo dessa descrição e desses anseios que, em 8 de junho de 2010, em Brasília, a comissão de juristas[579], formada pelo presidente Luiz Fux, elaborou a exposição de motivos do atual CPC.

Entre os motivos expostos pelos juristas para alteração do CPC de 1973 para o vigente CPC de 2015, encontram-se o enfraquecimento da harmonia entre as normas processuais e a evolução da sociedade; o comprometimento do sistema jurídico de tratamento dos conflitos; a diminuição na celeridade dos atos processuais. A preocupação central dos juristas, portanto, era obter um grau mais intenso de funcionalidade dos institutos processuais, garantindo-se um processo mais célere, mais justo e menos complexo, de modo que os juízes concentrassem sua atenção no resultado do mérito da causa.

Destarte, os trabalhos da comissão direcionaram-se em cinco objetivos:

> i) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com a Constituição Federal: normas fundamentais principiológicas de origem constitucional foram incluídos expressamente na versão do CPC como, por exemplo, o princípio da duração razoável do processo com intuito de evidenciar a harmonia entre o código processual e a constituição brasileira, afinal a ausência de celeridade é uma questão de injustiça;
> ii) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente da causa: o processo judicial passa a ser convertido em instrumento incluído no contexto social, dando possibilidade às partes de solucionarem o conflito por meio de mecanismos outros que não o processo, como por exemplo: a conciliação e a mediação, de modo que a efetiva satisfação possa se dar de modo mais intenso se a solução é criada pelas partes e não imposta pelo juiz;
> iii) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas: a criação de diversas normas com o objetivo de gerar rendimento a cada processo individualmente considerado, como, por exemplo, a simplificação do sistema recursal com o fim de obter o maior rendimento possível de cada processo;
> iv) dar todo o rendimento possível para cada processo em si mesmo considerado: mudanças visando o maior aproveitamento processual com a manutenção da eficácia das medidas, como, por exemplo, a autoridade da coisa julgada e as questões prejudiciais de mérito;
> v) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, coesão: organização interna do sistema e, consequentemente a harmonia com a modificação da estrutura em cinco livros (parte geral, processo de conhecimento e cumprimento de sentença, processo de execução, processo nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais e disposições finais e transitórias).[580]

Diante dos objetivos acima elencados, é possível perceber que a mudança na legislação processual teve o fim de aproximar as regras processuais das regras do direito material, haja

---

[579] Além do ministro Luiz Fux, a comissão foi formada por: Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinicius Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Wambier.

[580] BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

vista que a eficiência do sistema jurídico fica comprometida quando não existe coesão entre ambas as normas e, ainda, torna-se um sistema jurídico de tratamento dos conflitos mais organizado, simplificado e, sobretudo, garantidor de maior autonomia às partes.

Entre todos os cinco objetivos da comissão, um em especial interessa para essa tese: o item ii), quando o CPC pontua como escopo criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais conexa com a realidade fática subjacente da causa e assegura maior liberdade entre as partes, sobretudo mediante o estímulo à autocomposição pelas figuras da conciliação e da mediação.

Segundo Péres, "[...] percebeu-se que a forma como lidávamos até então com os conflitos judicializados não proporcionava o resultado minimamente esperado; muito ao contrário, assistíamos o crescimento do volume de processos judiciais"[581], razão pela qual o vigente regramento processual passou a dar ênfase aos meios não adversariais dos conflitos, visando a pacificação como um todo, e não apenas o veredito judicial e pretendendo romper com o paradigma da cultura jurídica da sentença. Surge, assim, uma nova história do direito processual civil brasileiro, mais atento às reais necessidades dos participantes e mais distante do crivo da autoridade do juiz. Se, entre as finalidades do processo civil, encontra-se o escopo social consistente no tratamento dos conflitos, a solução pode ser advinda não apenas da autoridade do juiz, mas também do consenso entre as partes.

Dessa forma, concentrando o foco, nesse momento, no segundo objetivo que, a rigor, prioriza a solução consensual dos conflitos, passa-se a analisar o próprio texto legal; os dispositivos nos quais se encontram o exercício e a prática da mediação. Na parte geral, especificamente no livro I, em que se encontram as regras gerais fundamentais, o legislador transcreveu o art. 5º, XXXV, da CF, ao estabelecer no art. 3º que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação jurisdicional como forma de ratificar a atribuição constitucional do Estado em monopolizador a resolução dos dilemas, ou seja, que o dever de tratar os conflitos deve se dar sob a guarida estatal.

No entanto, a tarefa do Estado de tratar os conflitos foi alargada mediante a imposição, no art. 2º, do dever de "[...] promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos"[582], no sentido de que a abrangência do compromisso do Poder Judiciário desloca-se

---

[581] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 79.
[582] BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

do caminho simplesmente adjudicatório da sentença para a possibilidade de eventual manifestação das partes por meio do diálogo e do consenso.

Avançando, o §3º preconiza que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os sujeitos processuais (juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público) para reforçar que os mecanismos não adversariais protagonizam a nova postura na qual os profissionais do direito deverão se submeter, ou seja, o inciso visa quebrar qualquer resistência por parte da cultura interna do direito. O CPC positiva, de forma objetiva, os meios não adversarias de conflitos, cabendo aos profissionais de direito se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social.

Ainda, na parte geral, porém no livro III, que aborda sobre os sujeitos processuais, o capítulo III contém tratamento exclusivo para os auxiliares da justiça, aqueles indivíduos que prestarão apoio institucional para viabilizar a atividade jurisdicional na manutenção da ordem processual, incluindo nesse rol exemplificativamente os mediadores judiciais, cujo encargo depende da formação em programa de capacitação mínima, conforme parâmetro definido na Resolução n. 125, do CNJ.

A seção V é específica para cuidar dos mediadores e conciliadores e descreve, no art. 165, que é encargo de cada tribunal criar os chamados Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejusc), que serão responsáveis pela realização das audiências de conciliação e das sessões de mediação. Além disso, a seção estabelece, nos §2º e 3º do art. 165, uma importante diferença entre conciliação e mediação, indicando mediação para aqueles conflitos cuja natureza admita um vínculo anterior entre as partes, ao passo que controvérsias, cujo vínculo não seja preexistente, ficam sujeitas, preferencialmente, para conciliação.

O que caracteriza cada um dos mencionados meios de tratamento dos conflitos, além da postura do facilitador (ativa na conciliação e passiva na mediação), é exatamente o limite aos rígidos contornos do litígio, pois, como recorda Warat, a conciliação não trabalha o conflito e, portanto, não o transforma[583], isto é, a conciliação é limitada porque atua somente na esfera de disputa das posições, e não na exploração dos interesses. Ademais, pragmaticamente, a conciliação visa obter um acordo para evitar ou encerrar um processo judicial, enquanto na mediação as partes não ficam limitadas às posições adotadas, sendo o acordo um mero exaurimento da atividade negocial.

---

[583] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

A mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, trazendo ao art. 166 a inclusão dos princípios denominados procedimentais, entre os quais se destacam: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Por último, a seção prevê, no art. 167, que para o mediador tornar-se um facilitador na esfera judicial, além de ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC, depende do preenchimento da capacitação mínima, por meio de curso em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais. De posse dessas atribuições, o mediador poderá requerer a sua inscrição no Cadastro Nacional e no Cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, inclusive o registro pode ser precedido de concurso público, conforme disposto no art. 167, §2º, do CPC.[584]

Dentro da parte geral do CPC, é possível concluir, portanto, que houve uma reformulação na sistemática processual – antes privilegiando o lugar de poder do Estado na aplicação hermenêutica da subsunção do fato à norma, para agora devolver o protagonismo às partes (ainda que sob controle do Estado), cuja interpretação da solução será mais ajustável às reais necessidades dos envolvidos, porque será construída por quem, de fato, experimenta o conflito. Se desde o regramento do código processual de 1973 o Sistema Jurídico brasileiro não tinha a tradição de prestigiar as soluções consensuais, confundindo acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e fazendo com que se persistisse na sociedade a cultura jurídica de tratamento dos conflitos baseada na sentença, o código vigente liberta (inicialmente) o Estado da tarefa de definir, por lei, a quem assiste razão.

Já na parte especial, no livro I sobre o processo de conhecimento pelo procedimento comum, encontram-se as regras procedimentais para que o magistrado conheça o conflito. Uma vez provocado por meio do exercício do direito público de ação, o magistrado deve "conhecer" o problema e, por meio das regras do processo de conhecimento, desenvolver as diversas etapas para alcançar aquilo que tanto se almeja: a solução de mérito da causa. No andamento das fases

---

[584] Art. 167: os conciliadores, os mediadores e as câmeras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

postulatória, ordinatória (saneadora), instrutória e decisão previstas no procedimento comum, o CPC, no entanto, inovou ao incluir o meio consensual de tratamento de conflitos da mediação dentro do meio de tratamento de conflito adversarial do processo judicial.

Dessa feita, a mediação funciona como uma etapa procedimental logo no início da tramitação do processo judicial, querendo prestigiar-se, com isso, a tentativa de composição amigável antes de exercido, pela parte adversa, seu direito ao contraditório. Segundo Péres entendeu, o legislador, por incluir uma fase inicial de composição amigável, porque em tais circunstâncias se considera que a espiral da litigiosidade ainda se mostra incipiente e cria um contexto mais propício para o acordo.[585]

Não obstante, recorda Figueira Júnior que uma das funções do magistrado é transcender a composição da lide processual por meio de uma sentença.[586] Logo, se a premissa é que o magistrado pode se apresentar como um agente pacificador, nada mais coerente que no início das tratativas judiciais apresente ele a possibilidade de composição amigável, ainda que o faça por meio do apoio de auxiliares do juízo como os mediadores judiciais.

A atenção à mediação judicial concentra-se em duas etapas: primeira, na petição inicial; segunda, na realização da audiência. Isso porque o art. 319, VII, do CPC inseriu um novo requisito para compor a petição inicial consistente no dever da parte de indicar sua opção pela realização ou não da sessão de mediação[587], bem como o art. 334 estabeleceu a regra da marcação da audiência pelo magistrado.

Somado aos requisitos clássicos da petição inicial, como: competência, qualificação, fatos, fundamentos jurídicos, valor da causa, provas e documentos indispensáveis à propositura da ação, o autor deverá afirmar na exordial seu interesse ou desinteresse na sessão. Além disso, entende-se que, no caso de interesse pela sessão, o autor deverá indicar qual mecanismo entende como adequado – se mediação ou conciliação – segundo a relação (anterior ou não) que vigora entre as partes. No caso de desinteresse, deve também fundamentar as razões pelas quais se torna inadequado o uso dos mecanismos.

Nesse sentido, ao advogado caberá fazer a filtragem adequada da causa, reestruturando cada conflito com a porta de tratamento que entende correta. Se antes o advogado desaguava

---

[585] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018.
[586] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. v. 4. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.
[587] Art. 319: a petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

diretamente a pretensão no mecanismo do processo judicial, judicializando toda e qualquer demanda, agora deverá justificar a não escolha pelo método de solução consensual dos conflitos. Por isso, o atual CPC destaca a importância do advogado em compreender como funcionam e quais são as vantagens e desvantagens dos meios consensuais, na medida em que sua palavra será expressiva para informar e convencer o cliente na participação da sessão.[588]

Após o protocolo e o recebimento da petição inicial, determina o art. 334 que o juiz designará a audiência[589] de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com, pelo menos, 20 dias de antecedência.[590] Como regra, no início da tramitação do processo, haverá a realização da audiência consensual, a qual apenas não será feita se ambas as partes não tiverem interesse e, assim, manifestarem-se por escrito expressamente ou se o direito objeto do litígio não admitir transação.[591] Por isso, o art. 334, §5º também impõe ao réu o dever de apresentar, por petição, com 10 dias de antecedência, contados da data da audiência, seu interesse ou desinteresse na realização da sessão.[592] Há um estímulo à solução consensual desde o momento em que é cumprido o ato de citação, incumbindo ao oficial de justiça certificar, no mandado, a existência de proposta de autocomposição.

No caso de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, a sessão não ocorrerá; no entanto, caso uma das partes indique seu desejo na conciliação ou na mediação, a sessão ocorrerá no Cejusc e, caso ocorra o não comparecimento injustificado tanto por parte do autor quanto por parte do réu, será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica

---

[588] GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

[589] Indica-se uma impropriedade técnica neste artigo: onde se lê "audiência" de conciliação ou mediação, leia-se "sessão de mediação", porque tais atos durante a sessão de mediação não serão presididos pela autoridade do juiz. O magistrado encaminhará o processo para os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, e o mediador judicial desenvolverá a sessão.

[590] Art. 334: se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[591] Art. 334. § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[592] Art. 334, § 5º: o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme artigo 334, §8º[593].

Por último, as audiências de conciliação ou sessões de mediação deverão obedecer a pautas com o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte, segundo estabelece o art. 334, §12, indicando que o Poder Judiciário consiste em uma grande empresa, cuja meta é a produtividade (bater recordes é garantir direitos)[594], uma vez que a missão e a visão dos tribunais são criar estratégias para obter da sociedade o reconhecimento quanto à otimização e à celeridade no julgamento dos processos judiciais.

A enumeração desses dispositivos legais se presta a revelar a existência de um traço comum entre todos: o alinhamento do CPC para valorização da solução consensual em detrimento da continuidade nos trâmites judiciais, impondo a cada profissional envolvido no procedimento proporcionar condições para que as transformações deixem de ser expectativas e tornem-se a regra do sistema processual brasileiro.

No entanto, Lima pontua que as "[...] as alterações legislativas vêm sendo feitas de forma aleatória, ainda que pontuais, buscando frear a insatisfação da Sociedade com o mau funcionamento da função jurisdicional pelo Estado".[595] A apropriação e a institucionalização da mediação no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e sua aplicação dentro do CPC ocorrem em um contexto que se apresenta por uma necessidade de reforma deste poder, que não dá conta de solucionar os conflitos sociais por meio de ações judiciais.

Fato é que, em que pese o notório esforço da comissão para repensar o processo judicial enquanto meio de tratamento dos conflitos mais célere e justo, a reforma processual que inseriu

---

[593] Art. 334, § 8º: o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[594] Lema adotado pelo CNJ na campanha publicitária veiculada em 2009, alusiva à meta 2 instituída por esse conselho, que consistia em identificar e julgar todos os processos judiciais distribuídos (em 1º e 2º graus ou tribunais superiores) até 31/12/2005. O objetivo era assegurar o direito constitucional à razoável duração do processo judicial, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento. BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018. Para mais informações, vide: http://cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/487-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/metas-2009/13609-meta-2.

[595] LIMA, Mário Ezequiel de Moura. **Apontamentos constitucionais do princípio da celeridade processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. p. 54.

a mediação e manteve a conciliação apenas preconiza uma solução para "desafogar" o problema da "ineficiência" institucional (posição do Poder Judiciário frente ao princípio da separação dos poderes); estrutural (referente à organização burocrática e à carência de recursos humanos e materiais); e à decorrente dos procedimentos excessivamente formalistas[596], pela qual perpassa há tempos o Poder Judiciário.

Tanto é assim que o Projeto de Lei n. 4.827/1988 foi apresentado pela deputada federal Zulaiê Cobra (PSDB/SP) na Câmara dos Deputados e deu início a todo o movimento de reforma do processo civil para institucionalizar a disciplina da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos e que, ao final, foi convertido no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania na forma do substitutivo do Senado teve a seguinte fundamentação:

> [...] a mediação, como método alternativo extrajudicial privado de prevenção e solução sigilosa de conflitos, deve sobremaneira aliviar o enorme trabalho do Poder Judiciário [...]. Esse procedimento pode ser suficiente para solucionar o problema entre as partes, descartando, então, os transtornos provocados pela via judicial.[597]

O uso da mediação pelos tribunais, de forma acessória ou complementar ao processo judicial convencional, engloba as ideias de que o Poder Judiciário está abarrotado de processos; que a abordagem consensual encerra os trâmites com mais celeridade; que o acordo obtido por meio da mediação oferece solução de melhor qualidade para os conflitos. Pelos juristas integrantes da comissão, não foram feitas perguntas sobre as reais causas da ineficiência que podem, inclusive, situar-se no investimento na infraestrutura no Poder Judiciário ou, até mesmo, fora do âmbito processual, na própria cultura da sentença arraigada historicamente na sociedade brasileira.

Desse modo, chega-se, com isso, à inserção da mediação judicial (incidental), já que as tentativas de mediar os problemas estão concentradas somente nas sessões conduzidas pelos facilitadores. A princípio, não se trata de uma opção das partes envolvidas em participar das sessões, estando elas obrigadas a participarem do evento, caso um dos envolvidos assim requeira, não precisando, no entanto, mediarem o objeto do conflito.

Todavia, desde já se aponta um estranhamento no uso da mediação derivado do fato de que os elementos que simbolizam esse método, considerado o seu estado *in natura*, apresentam

---

[596] SADEK, Maria Tereza. **A reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
[597] Toda a movimentação do projeto de lei está disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158. Acesso em: 10 out. 2018. (grifos do autor).

lógicas bem diferentes daqueles símbolos que compõem a estrutura do processo judicial. A questão que suscita dúvida é: como equilibrar ou encaixar uma "[...] técnica tão informal e livre, cujas sessões não tem um foco determinado nem poderiam ter prazo certo, no âmbito de procedimentos formais, engessados, controlados no tempo e coercitivos como são os processos judiciais"?[598]

Desse modo, segundo o CPC, a implantação da mediação de conflitos de forma incidental – prenunciando a sua adoção sob a forma de audiência (sessão) – faz crer *a priori* que o método consensual é compatível com o processo judicial – como se tivessem "nascido um para o outro", embora não exista propriamente uma opção institucional pelo uso do método consensual, mas sim uma imposição hierárquica desde 2010 com Resolução n. 125 do CNJ, além de uma incompatibilidade de cunho histórico e simbólico entre as práticas de tratamento dos conflitos.

4.2.3 Lei n. 13.140/2015: a mediação de conflitos entre os particulares

A edição da Resolução n. 125/2010, do CNJ e a promulgação do CPC não eliminaram as discussões acerca da necessidade de uma legislação brasileira específica sobre a mediação de conflitos. Tanto foi assim que, após a positivação da mediação no vigente CPC, adveio a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação de conflitos entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Vale destacar que a sua vigência, contudo, teve início antes do CPC, porque o código previu um período maior de *vacatio legis*.[599]

Considerada o marco legal do instituto da mediação no Brasil, a matriz legislativa retira de vez aquela "[...] pecha antiga de algo não autorizado, que alijava o processo do mundo resolutivo das disputas e favorecia o desconhecimento da matéria"[600] e complementa a mudança paradigmática que se pretende realizar com a inclusão da cultura do consenso.

Todavia, segundo José Eduardo Cardozo, Ministro de Estado da Justiça responsável pela exposição de motivos da proposta de Projeto de Lei sobre a mediação, o que impulsiona o

---

[598] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 139.

[599] Segundo o art. 1.045 do CPC: este código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial. Segundo o art. 47 da Lei de mediação: esta lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[600] SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 228.

crescimento dessa abordagem é a realidade do Poder Judiciário (elevado o número de processos judiciais em estoque nos tribunais e consequente morosidade), que favorece o baixo índice de confiança do cidadão no aparelho estatal, ou seja, a síntese do problema ou da situação que reclama providências "[...] recai sobre o excessivo número de processos judiciais que sufoca a prestação jurisdicional, tornando-a ineficiente e morosa".[601]

Nesse sentido, fica evidente que não apenas a Resolução n. 125/2010, o CPC, como também nessa lei, a mediação de conflitos foi pensada e alavancada como medida para desafogar e melhorar a qualidade da prestação judicial, uma vez que o seu procedimento é, em regra, sensivelmente mais rápido e com alto índice de satisfação dos usuários. Convém destacar que os motivos apresentados para adoção da mediação no Brasil dão indícios de entraves na transformação cultural que se pretende, uma vez que o crescimento da técnica não é fomentado como apoio aos cidadãos para lidarem com as diferenças, assumirem responsabilidades ou se comunicarem de modo eficaz, mas sim nas expectativas e nas metas dos resultados esperados para o aumento da eficiência do Poder Judiciário. Enfatizar a eficácia dos resultados, sobretudo no foco exclusivo dos acordos, pode levar, nos dizeres de Folger, "[...] à prática da mediação a perder seu potencial para apoiar as habilidades das pessoas aprenderem a lidar com seus próprios conflitos".[602]

De todo modo, o parágrafo único do art. 1º dessa lei define mediação como uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.[603] Observa-se, portanto que, segundo a mencionada norma, a modalidade de mediação adotada pelo Brasil é a chamada "passiva" (facilitador não interfere, tampouco sugestiona a solução), dando a entender que a "mediação ativa" nada mais é que a conciliação.

Dessa forma, quem optar por uma intervenção com sugestões, considerações legais ou reforços, deve procurar por um conciliador, diretriz que se coaduna com o disposto pelo CPC quando estabelece a diferenciação dos conflitos que devem ser submetidos à conciliação ou à

---

[601] Exposição de motivos disponível em http://www.euroarbitragem.com.br/pt/anexo/Anteprojeto%20-%20Lei%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20(Comiss%C3%A3o%20MJ)%20[Exp.%20Motivos].pdf. Acesso em: 23 out. 2018. p. 20.

[602] FOLGER, Joseph P. A evolução e avaliação da mediação no Brasil: questões chave para analisar o projeto e a implementação da prática. *In:* BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLa, 2017. p. 72.

[603] BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

mediação. Contudo, a escolha pela mediação passiva leva a um "[...] procedimento mais demorado, profundo e que depende do mediador em trazer as partes para uma dimensão mais próxima do real".[604]

Além disso, destacam-se como elementos da mediação:

i) apresentar-se como uma atividade técnica pressupondo um procedimento (etapas, estágios ou fases ainda que informais);
ii) ter a presença do terceiro imparcial (agente neutro com capacitação);
iii) facilitador sem poder de decisão (mediador tem postura passiva e serve para reconectar a comunicação interrompida entre os participantes);
iv) mediador deve auxiliar no desenvolvimento de soluções consensuais para que, ao final, os participantes compreendam a manutenção do vínculo que os une.

Estabelecida a mediação como um processo complexo que deve ser orientado pelos princípios da imparcialidade, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé[605],a lei determina, no art. 3º, que pode ser objeto da mediação o todo ou a parte de um conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação e, nos casos de direitos indisponíveis, mas transigíveis, exige-se a oitiva do Ministério Público e a homologação em juízo. Logo, não se aplica a mediação nos casos de direitos indisponíveis e que não admitam transação.

Direitos disponíveis são aqueles que estão sujeitos ao negócio jurídico bilateral denominado transação, que importa em concessões recíprocas entre as partes visando a eliminação de controvérsias sobre o conteúdo, a extensão, a validade ou a eficácia de uma relação jurídica de direito material.[606] Nesse sentido, o direito patrimonial é, por natureza,

---

[604] PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação no direito brasileiro**: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.academia.edu/32226099/O_MARCO_LEGAL_DA_MEDIAC_A_O_NO_BRASIL_-_Atualiza%C3%A7%C3%A3o_em_2016. Acesso em: 23 out. 2018. p. 13.

[605] BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

[606] MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25.

essencialmente disponível, porque ele pode ser livremente alienado ou negociado pelo seu titular, sem qualquer embaraço judicial.

No tocante à indisponibilidade, o conceito se refere àquelas espécies de direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. No âmbito da indisponibilidade objetiva, a doutrina majoritária defende que os direitos da personalidade são, por excelência, intransigíveis e, em regra, não podem ser suprimidos, haja vista sua ligação com a dignidade da pessoa humana.[607]

Embora indisponíveis, existem direitos que apresentam íntima ligação com o poder de disposição (transação) e que são de difícil compreensão à luz da doutrina clássica, que afirma a incompatibilidade entre os dois conceitos. Como se refere Pontes de Miranda: se a transação pressupõe o poder de disposição, haveria evidente contradição na premissa de que aquilo que é indisponível pode ser transacionado.[608] Em que pese a natureza do direito seja indisponível, ele pode apresentar disponibilidade a respeito da modalidade, da forma, dos prazos e dos valores no cumprimento de obrigações, passíveis de uma construção conjunta.[609] Por isso, a lei optou por incluir no rol de matérias "mediáveis" aquelas que envolvam direitos indisponíveis passíveis de transação, desde que haja o respaldo judicial.

Após discriminar quais são os direitos passíveis de mediação, a lei projeta, em essência, a separação daquele profissional que pode ser mediador judicial e o facilitador extrajudicial, revestindo como parâmetro os seguintes pontos:

i) poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação ou nele inscrever-se;
ii) poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

---

[607] MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
[608] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25.
[609] GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out. 2014.

> Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça.[610]

Veja-se, nesse aspecto, que a atuação do mediador extrajudicial independe de qualquer graduação, em qualquer nível superior e com registro em cadastro de mediadores, bastando a capacitação multidisciplinar de ferramentais e a confiança das partes. Já a formalização do papel do mediador judicial requer, contudo, o cumprimento de requisitos mais específicos (formação institucional) como graduação em curso superior (não necessariamente jurídico) há pelo menos dois anos, habilitação pela escola credenciada e inscrição nos quadros do tribunal.

Consoante o papel diverso do mediador, pode-se concluir que a lei tornou dicotômico o instituto da mediação, definindo-a como metaforicamente descreve Six: entre homem e mulher. Há, assim, a mediação homem emitida por um poder, vinda de cima, proveniente de algum organismo constituído qualquer – a mediação institucional e "[...] mediação mulher: independente suscitada pela vida cotidiana, na base, em livre associação – a mediação cidadã".[611]

Nesse aspecto, a lei admite a mediação judicial ("homem – institucionalizada"), quando realizada pelos mediadores judiciais no interior dos centros judiciários de solução consensual de conflitos sob a égide do Poder Judiciário, e a mediação extrajudicial ("mulher" – cidadã"), quando executada por mediadores extrajudiciais e feita por convite para iniciar o procedimento de reuniões fora do âmbito judicial (estabelecimentos privados).

Veja-se que a mediação extrajudicial, isto é, a resolução dos conflitos em um espaço comunitário não estatal, foi privilegiada apenas na Lei de Mediação e, ainda, em um pequeno espaço na subseção II, não ocorrendo alusão na Resolução n. 125/2010 do CNJ, tampouco no CPC, o que demonstra que o ato comunitário não é a pauta da mudança cultural do consenso que se pretende implementar. Nesse aspecto, fica claro que o papel de proteção aos direitos violados permanece sob a autoridade do Estado, ou seja, o direito não institucionalizado e o espaço social periférico não são as práticas jurídicas que o Estado elegeu para implantar a cultura do consenso.

---

[610] Respectivamente, arts. 9º e 11 da Lei n. 13.140/2015. BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

[611] SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 2.

Por último, a lei reconhece a relevância do princípio da confidencialidade aplicável a todos os sujeitos participantes do procedimento no âmbito da mediação judicial e extrajudicial, constando expressamente no art. 30 que toda e qualquer informação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.[612]

Com a Lei de Mediação, portanto, forma-se por completo o microssistema legislativo brasileiro, responsável pela mudança cultural que se pretende imprimir, sem que o Estado ceda espaço para atuação de entidades reconstruídas a partir de forças sociais, ou seja, a utilização e a aplicação do "direito inoficial" não são reconhecidamente o meio sustentado pelas medidas legislativas analisadas, porque não há diminuição da presença e da participação do Estado na aplicação de regras para o tratamento dos conflitos. O elemento de fundo, em verdade, continua sendo a vigência da autoridade judicial; o papel do Poder Judiciário na ascensão dos meios consensuais mediante o crescimento de programas institucionais voltados a esse fim.

4.2.4 Cada povo uma cultura e cada cultura um sistema de gestão dos conflitos: distinções culturais entre o processo judicial e a mediação de conflitos

Segundo os argumentos apresentados no segundo capítulo, nas democracias ocidentais, em razão das deduções racionais extraídas da autoridade da lei (*civil law)*, os cidadãos, quando surgem um conflito, acionam o Poder Judiciário para que os juízes – representantes legítimos do Estado –, apliquem a norma ao caso concreto, fazendo cessar a controvérsia. O modelo tradicional da heterocomposição pública (composição do conflito por um outro, terceiro) na figura do juiz se dá por meio do ajuizamento da ação perante o Poder Judiciário e sob a garantia do processo civil, cujos elementos são constituídos pelos seguintes vetores:

i) adversarial e dialético: bastando verificar o modo pelo qual as partes se posicionam como adversárias, vide, por exemplo: as nomenclaturas de autor e réu ou requerente x o requerido e ainda as posições contrárias nas salas de audiência. Além disso, o modelo

---

[612] BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

da heterocomposição estatal enseja uma síntese de contradição de direitos que necessariamente se excluem, pois, ao final, haverá, necessariamente, um vencedor e um vencido[613];

ii) não cooperativo[614] coercitivo, burocrático e não participativo: porque não há concessões espontâneas e de direito material entre as partes, uma vez que as transações são orientadas pelo Estado. Ademais, segundo Foley o processo civil "[...] produz resultados mandamentais, sem a livre participação dos envolvidos que sucumbem às estratégias de linguagem forense"[615], além do apego às técnicas formais da subsunção do fato à norma traduzida pelos operadores do direito[616];

iii) vertical e com a imposição da decisão pelo juiz: fazendo com que uma parte se sagre ganhadora, enquanto a outra, perdedora, algumas vezes ambas serão parcialmente perdedoras e ganhadoras, mas impossibilitadas de ambas ganharem.[617]

Nesse contexto, o paradigma tradicional de tratamento dos conflitos diz respeito à tarefa de resolver as demandas pelo mecanismo do processo judicial, com a imposição de uma sentença a ser obedecida pelas partes de "maneira coercitiva". Percebe-se, por meio do monopólio estatal da jurisdição, a tentativa de pacificar as relações humanas a partir do afastamento do diálogo, decidindo-se o destino das pessoas sem compreender as suas reais angústias e mais: sem a chance de oportunizá-las a imersão na subjetividade do outro.

O padrão adversarial que opera no processo civil sob a lógica binária polariza o debate, distorce a realidade e não oferece dimensões importantes para o tratamento dos interesses, das questões e dos sentimentos envolvidos em um conflito, reduzindo as complexidades materiais, psicológicas, sociais ou culturais, na aplicação da norma. Ao operar com tais elementos, o padrão competitivo presente no modelo da jurisdição exalta as regras do devido processo legal

---

613 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

614 Não obstante o art. 6º do novo Código de Processo Civil Brasileiro aponte, por exemplo, o termo "cooperação", impondo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para alcançar, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva, não quer o artigo expressar a cooperação material (transação de direitos entre as partes). A cooperação ou colaboração apresenta conotação processual, significando a transação processual, isto é, mais participações, poderes e deveres entre todos os sujeitos do processo em especial o magistrado, reconfigurando os papeis e revalorizando o contraditório, por meio dos deveres de consulta, informação, prevenção e auxílio.

615 FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55.

616 FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

617 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

e do contraditório, dividindo dialeticamente o certo e o errado em uma linguagem que nada mais faz que atribuir culpa e exercer alta carga regulatória nas desigualdades de poder entre os participantes, deixando de lado o protagonismo, a emancipação e o próprio sentir do ser humano.

Além disso, a resolução de conflitos pela atividade jurisdicional não propõe compreender o outro enquanto sujeito também de direito, pois o espaço judicial "[...] não exaure a dimensão da responsabilidade de uns pelos outros, ao contrário, esse as ignora e retira das pessoas a necessária atitude de visualizaram as consequências do seu agir e omitir frente aos outros"[618]. Nessa perspectiva, na jurisdição, os sentimentos simplesmente não são considerados importantes, pois o que se valoriza é a licitude da norma tal como definida por aqueles que detêm posições de hierarquia e de autoridade. Por isso, na tutela jurisdicional, não há um resgate dos vínculos comuns da humanidade, pois o juiz é a figura legítima para saber qual é o melhor desfecho para o conflito, não havendo espaço ou ambiente favorável para a autonomia do cidadão.

Essas características levam a crer que a cultura jurídica tradicional de tratamento dos conflitos desenvolvida durante o processo e encerrada com o prêmio da sentença é uma abordagem inapropriada. Ao contrário: há que se reconhecer na jurisdição o legado da modernidade que autoriza a aplicação de procedimento técnico para tratar o conflito. No entanto, o enfoque tradicional só deve ser utilizado quando outros métodos de gestão dos conflitos já foram aplicados e não surtiram efeitos; quando não há uma atmosfera favorável à negociação ou quando a própria natureza do direito não permite a transação; em situações de emergências, quando são necessárias ações rápidas e decisivas.

Nesse âmbito, o processo de solução dos litígios é "[...] tanto um produto da cultura da sociedade em que é encontrado quanto uma influência sobre eles"[619] e reflete, ainda, os "[...] valores normativos profundamente arraigados, as relações de autoridade e a metafísica da sociedade que os produz"[620]. Partindo dessa premissa, pode-se afirmar, como visto nos capítulos anteriores, que o processo de solução das controvérsias no Brasil é reflexo de uma cultura historicamente heterocompositiva de tratamento dos conflitos.

---

[618] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. A mediação como experiência moral na pós-modernidade: reflexões ao desenvolvimento de uma política pública**.** *In*: FAGUNDÉZ, Paulo Roney; GOULART, Juliana Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica (org.). **Mediação como política pública**. Florianópolis: EMais, 2018. p. 11-34. p. 14.
[619] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 56.
[620] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 73.

A gestão dos conflitos predominantemente presente na cultura jurídica brasileira até 2015 é o modelo de justiça heterocompositiva e seus atributos da jurisdição contenciosa, da ação, do processo judicial, da busca pela segurança jurídica por meio da sentença e da coisa julgada, da autoridade do Estado mediante a valorização do Poder Judiciário pelos cidadãos, do culto à figura representativa do juiz e da prestação jurisdicional alicerçada na dogmática jurídica.[621] Para a sociedade brasileira, o senso comum, reafirmado pelos profissionais do direito, aponta que a melhor forma de determinar a veracidade dos fatos é procurar o Poder Judiciário para que ele torne, objetivamente, obteníveis os meios de provas e que ele resolva a controvérsia de acordo com as normas formalmente estabelecidas no Estado de direito.

Notadamente, após 2015, alterações legislativas estrategicamente foram elaboradoras com o objetivo de alcançar, ainda que em longo prazo, uma mudança cultural, pretendendo modificar-se a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos preponderantemente baseada na sentença, para o modelo consensual fundado na mediação de conflitos. Convém mencionar que, apesar das polêmicas que giram em torno da possibilidade de se alterar ou não uma cultura, o movimento brasileiro pelo consenso optou por apostar em um processo provocativo (e não em um processo natural dos cidadãos) de mudanças com o microssistema legislativo.

Nesse processo, a cultura jurídica de tratamento dos conflitos considerada "original" do povo brasileiro é gradualmente substituída e se perde no decorrer do tempo, até que a substituição ou o abandono das práticas anteriores ocorra por definitivo, consolidando a cultura dos meios consensuais. O que se pretende, portanto, é que a cultura judicial de tratamento dos conflitos seja alterada para legitimar valores e crenças próprios de um sistema de outros países cujo "direito" funciona de modo similar à autonomia da vontade das partes. A existência de um princípio de empoderamento no qual a fonte de autoridade decisória passa a ter representação interna nos próprios litigantes com poder de direito e diálogo, e o que se ambiciona: tornar regra permanente no sistema jurídico brasileiro.

Segundo Vezulla, das "[...] diversas tentativas de 'ocidentalizar' a mediação, ela foi associada a conceitos já familiares na nossa cultura, como o de negociação"[622]. Todavia, as

---

[621] Tudo isso pode ser reforçado por meio das pesquisas o ICJBrasil, produzidas pela Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, e da justiça em números do CNJ, já apresentadas nos capítulos anteriores e que bem demonstram o elevado número de processos, a baixa confiança dos cidadãos no Poder Judiciário, mas, ainda assim, a preferência por esse meio de tratamento dos conflitos.

[622] VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipatória. **Revista Catarinense de Resolução dos Conflitos**, Blumenau, ano 1, p. 24, set. 2013. Publicação anual da Fecema.

alterações legislativas demonstram que se pretende empregar na cultura jurídica brasileira um conceito de mediação que incorpore elementos psicológicos, antropológicos e comunicacionais.

Ademais, a mediação, tal qual como concebida historicamente – na maior parte das comunidades, como uma alternativa neutra, com a presença de um terceiro ausente de poder, em um processo informal para chegar a um acordo ou melhorar as relações, transformando-as em prol da narração de histórias, do crescimento moral e do fortalecimento das pessoas.[623] Nesse sentido, a mediação é uma intervenção pacífica cujos elementos balizadores são:

i) abordagem voluntária e consensual: por voluntariedade, entende-se que os participantes aderem e permanecem a participar no processo de mediação por livre convencimento. Como ressalta Giró, a mediação não é uma questão de força, mas sim de solicitação livremente aceita;[624]
ii) horizontal e participativa: a abordagem da mediação entende importante a narração das histórias (envio e recebimento de mensagens), de modo que todos os envolvidos possam participar da exposição e abrir os relatos a interpretações alternativas, comprometendo todos os envolvidos em relação à própria participação no procedimento e não havendo níveis hierárquicos entre os mediandos;
iii) cooperativa e dialógica: partindo da ideia de que "[...] não se pode considerar um conflito totalmente resolvido enquanto a relação deteriorada não for sanada"[625], a mediação conta com três elementos: a pessoa, o problema e o processo e, durante o desenvolvimento desses elementos, a interação é colaborativa e baseada em tendências comunicacionais;
iv) para satisfação dos reais interesses, sentimentos e necessidades: a decisão é construída em comunhão e focada (prospectiva) no futuro para o fim de "[...] estabelecer relações positivas e construtivas como um valor em si mesmo, independentemente da elaboração de possíveis acordos"[626] e, assim, ocorre um processo de transformação no reconhecimento das responsabilidades individuais e em prol do crescimento moral de cada indivíduo.

---

[623] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008.
[624] GIRÓ, Jordi. La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa. *In*: GIRÓ, Jordi. **Educación Social**, 2008.
[625] URY, William L. **Alcanzar la paz**: diez caminos para resolver conflitctos en la casa, el trabajo y el mundo. Buenos Aires: Paidós, 2000. p. 170.
[626] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008. p. 37.

Na mediação, ao contrário da lente do direito positivo e da aplicação do fato, a norma pela tutela jurisdicional representa a natureza que religa o "eu" e o "tu", tão afastados pela dinâmica comunicacional interrompida por ruídos. Significa isso dizer que somente os participantes possuem a legitimidade para saberem qual é o melhor desfecho para seu próprio conflito, havendo liberdade (sem o apego ao formalismo do ordenamento jurídico) na criação das próprias soluções.

O exercício da mediação, a partir das suas técnicas, habilidades e ferramentas, revela e identifica o modo como o fluxo da realidade se comporta, pois as "verdades" são produzidas não por uma sentença formal, mas pelos reais desejos das pessoas, proporcionando-se autonomia ao cidadão. A partir do vínculo comunicativo da sensibilidade, a mediação, pautada em uma ética da alteridade, alcança o consenso sobre a justeza da solução pelas próprias pessoas envolvidas no conflito. A mediação permite que as pessoas sejam as protagonistas da sua própria fala, adentrando-se em um ambiente favorável para tecer uma solução mais fundamentada em bases satisfatórias (tanto em termos valorativos quanto materiais) para todos os envolvidos no conflito.

Acontece, na sociedade brasileira, uma forte tradição de intervenção do Estado na sua função do monopólio da jurisdição, levando as autoridades a conceberam a mediação não como um sistema livre e autônomo de administração da justiça, mas sim como dependente judicial. Para isso, basta observar a topografia da Resolução n. 125/2010, do CNJ, e do vigente CPC, que atribuem a mediação como tarefa a ser desempenhada pelo Poder Judiciário durante uma fase procedimental no interior do processo judicial.

Assinala Vezulla: "[...] esses movimentos somente conseguiram perturbar ainda mais a natureza cooperativa e informal da mediação, burocratizando-as na sua adaptação ao processo judicial"[627]. O autor vai além, destacando que estudos antropológicos e sociológicos permitem entender que a mediação utilizada em sociedades "não ocidentais" apresenta uma diferença fundamental da mediação utilizada nas sociedades ocidentais, sobretudo porque a organização social daqueles povos está fundamentada na compreensão de que o grupo social ou a comunidade forma um todo inseparável do seu membro, que produz solidariedade absoluta[628].

O uso da mediação como medida que visa equilibrar a comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos; o processo construtivo (compassivo) da linguagem; o diálogo por

---

[627] VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipatória. **Revista Catarinense de Resolução dos Conflitos**, Blumenau, ano 1, p. 24, set. 2013. Publicação anual da Fecema.
[628] VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipatória. **Revista Catarinense de Resolução dos Conflitos**, Blumenau, ano 1, p. 24, set. 2013. Publicação anual da Fecema.

meio da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) e da empatia (encontro com o outro); a aplicação de ferramentas (técnicas) horizontais e a valorização das competências ou habilidades sociais transversais medianteo conhecimento pluridisciplinar do mediador, nos exatos termos dos elementos da cultura do consenso apresentados no capítulo três, são próprios e se mostram compatíveis com a cultura não ocidental, justamente porque essa cultura contém valores focados em práticas de tratamento dos conflitos, ao invés de criar sistemas legais ou jurídicos para tal aspecto.

Do contrário, no Brasil, em que pese sua grandeza territorial e populacional, além da diversidade étnica, racional e regional, presume-se que as preferências e as atitudes são compartilhadas na maior parte do tempo e pela maior parte da população a partir de valores individualistas, de liberdade e do *laissez-faire* e de crenças distintas de sociedades não ocidentais; dá-se a importância, por exemplo, ao sistema legal de monopolização ritualizada da linguagem e das práticas, contribuindo para que aos profissionais do direito tenham o poder e o privilégio de que gozam.[629]

Desse modo, a forma peculiar de tratar os conflitos que se chama Sistema Jurídico de gestão das controvérsias "espelha" a sociedade na qual está inserido; isto é, cada povo uma cultura e cada cultura um meio de resolver suas contendas. Como bem pontua Chase, "[...] o processo resolutivo dos conflitos reflete a cultura em que está inserido – seus valores, seu arranjo social, sua metafísica e os símbolos através dos quais estes elementos são exteriorizados"[630]. Disso resulta a ideia de que existem distinções culturais entre o processo judicial e a mediação de conflitos, que leva em conta as próprias complexidades, os valores e as crenças de cada sociedade e que qualquer mudança significativa que se pretende imprimir na cultura não necessariamente faz com que o processo de tratamento dos conflitos se adeque à nova roupagem institucional.

4.3 ENTRAVES À TRANSFORMAÇÃO DE UM MODELO DE PREPONDERÂNCIA DA SENTENÇA PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL

A tríade legislativa composta pela Resolução n. 125/2010, do CNJ, pela Lei de Mediação e pelo vigente Código de Processo Civil visa transformar um modelo de cultura

---

[629] SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
[630] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 187.

jurídica de tratamento dos conflitos preponderantemente da sentença em solução consensual e, por consequência, sinalizar ao cidadão e ao profissional do direito que o sistema de administração da justiça brasileira é eclético e plural na coexistência harmônica e de múltiplas portas para a gestão dos litígios.

A partir disso, fica claro que a legislação brasileira, ainda que por motivos transversos[631], tenta induzir uma mudança cultural no tratamento dos conflitos. A questão, no entanto, que se impõe é: considerando que o diálogo e o consenso não são valores historicamente e simbolicamente cultuados pelos cidadãos e pelos juristas brasileiros quando da administração dos seus problemas, é possível dizer que a tríade legislativa é o suficiente para transformar a cultura jurídica? Não obstante, se ainda assim as normas tiverem o condão de alcançar o mencionado objetivo, estará o microssistema legislativo brasileiro de acordo com a lógica e com os objetivos do instituto da mediação, podendo, de forma prática, consolidar uma guinada pragmática na gestão cultural? Para essas perguntas, em princípio, a resposta é afirmativa, considerando a interpretação gramatical e sistemática do microssistema legislativo que adotou como a forma da autocomposição e o instrumento da mediação de conflitos.

O objetivo desta tese, portanto, é apontar quais são os possíveis embaraços à materialização fática da cultura jurídica do consenso, notadamente considerando que se avista uma cultura consensual trabalhada, sobretudo, a partir dos símbolos da sentença.

Nesse âmbito, na descrição do segundo capítulo, ao termo "sociedade", reservou-se a ideia de componente humano, agregação de pessoas e a relação entre elas, ao passo que ao termo "cultura" se aplicou o elemento de recursos materiais e imateriais acumulados que as pessoas herdam, utilizam, transformam, enriquecem e transmitem. Daí porque, do ponto de vista desta tese, a "[...] cultura é todo o comportamento apreendido que foi socialmente adquirido".[632] Significa isso dizer que a definição de cultura se reporta ao conjunto de indivíduos que adotam visões de mundo e seguem estilos de vida específicos, ou seja, ela decorre da acumulação histórica e simbólica dos povos.

Por consequência, cultura é sempre composta por dois elementos: o desenvolvimento da sua história e a aquisição dos seus símbolos. Traços objetivamente semelhantes perfazem o

---

[631] Diga-se "motivos transversos" como uma crítica ao sistema, pois, em vez do legislador adotar a mediação por compreender as vantagens do instituto para o tratamento de conflitos, a adota, em razão das dificuldades generalizadas no Poder Judiciário e como medida para desafogar esse órgão, ou seja, insere a mediação, não como um novo valor cultural a ser adquirido, aprendido e transmitido, mas como uma medida "paliativa" aos problemas institucionais existentes.

[632] FIRTH, Raymond. Estrutura e organização social – o significado da antropologia social. *In*: CASTRO, Celso. **Textos básicos de antropologia** – cem anos de tradição: Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 161.

estudo dos entraves que também são analisados a partir da história e do símbolo. Constatam-se entraves de natureza histórica (diretrizes educacionais) e de natureza simbólica (técnica legislativa).

Partindo dessa premissa, lança-se um primeiro olhar pesaroso sobre a história. O entrave histórico está conectado com a realidade da educação brasileira em todos os níveis (básica, fundamental e superior), mas, em especial, com o nível superior dos cursos de direito, cujo currículo e metodologia se encontram descentralizados do ser humano e são carentes de disciplinas baseadas em competências e habilidades sociais.

O que se observa, principalmente na educação jurídica, é uma "compulsão à repetição": a forma didático-pedagógica referente à metodologia aplicável ao ensino se dá por meio da experiência da aula conferência (monólogo), repetida e rotineira, com a aplicação dos códigos comentados e com o raciocínio interpretativo limitado à exegese das leis, cujo resultado é o padrão de comportamento jurídico em elocução ritual e encantatória.[633]

Todavia, se o Sistema Jurídico brasileiro pretende fomentar uma nova cultura no tratamento dos litígios, deve realizar, como pressuposto, mudanças para além da formação de técnicos para ocuparem a burocracia estatal, ou seja, precisa romper com o *status quo* presente no comportamento das pessoas e dos profissionais que usufruem e atuam na justiça. A mentalidade nascida no ensino básico e mantida no ensino superior, presente nas academias e fortalecida na prática forense, corrobora com a consolidação da decisão proferida pelos juízes, em detrimento daquela solução construída pelas próprias partes.

Além disso, apesar da existência de todo um instrumental legislativo, cuja efetividade depende tão somente da sua aplicação, percebe-se o quanto o sistema de administração da justiça manteve-se fragmentado e descompromissado com sua real eficácia, principalmente porque o caminho escolhido pelo legislador foi o da judicialização e o da burocratização das abordagens consensuais.

A mediação aparece institucionalizada, procedimentalizada, à moda dos ritos processuais operada pelos profissionais, orientada por uma lógica bem diferente do seu estado "natural". A questão que previamente se discute é: como uma abordagem culturalmente informal e livre como a mediação, em que os mediadores até podem seguir etapas e ferramentas, mas cujas sessões (originalmente) têm foco na comunicação interrompida e na transformação das relações, pode ser encaixada no âmbito do processo judicial, de natureza formal, engessada

---

[633] TEIXEIRA, Albano Luiz Francisco. Um breve histórico da educação brasileira – sob o signo da precariedade. **Encontros**, Rio de Janeiro, ano 13, n. 24, p. 60-76, 1º sem. 2015.

e controlada no tempo e no espaço? O discurso desenvolvido pela autoridade judiciária brasileira em prol do movimento consensual da mediação não é coerente com a instituição Poder Judiciário, não dialoga como uma etapa procedimental, tampouco com a busca pelo acordo, sendo assim inevitável ajustar ou adequar tais pontos bloqueadores da mudança cultural, sob pena de duvidosa efetividade prática da mediação de conflitos.

4.3.1 A falta do antes: o entrave histórico da educação pública brasileira

Abordar sobre o tema da educação pública[634] implica entender historicamente seu sentido paradoxal: de um lado, o trabalho pedagógico visto como um processo vinculado ao humanismo de aperfeiçoamento da personalidade e da noção de cidadania e, de outro aspecto, ao mesmo tempo, sutilmente detentor de uma força simbólica e dominadora, responsável por impor significações conservadoras e de contribuir para a reprodução do arbitrário cultural que se deseja colacionar em uma determinada sociedade.

Iniciando pelo período antigo, na Grécia e em Roma, Santos relata que a educação era considerada o processo no qual havia um afastamento do Estado e pelo qual se formavam "bons" cidadãos (obedientes às leis). Já na Idade Média, a educação desenvolveu-se sob dois prismas: o da escolástica, na qual o elemento basilar indicava uma conscientização religiosa, e a denominada educação feudal leiga, que tinha como objetivo formar um cavaleiro "virtuoso". No entanto, foi somente a partir do século XVIII, com o advento hegemônico da burguesia e do desenvolvimento industrial capitalista, que a educação ensinada nas escolas tornou-se uma exigência universal da vida social e econômica, passando a ser institucionalizada pelo Estado e um direito de todos os cidadãos.[635]

No Brasil, quando se compara o desenvolvimento das suas raízes educacionais com a história geral, vê-se que, aqui, os motivos foram diversos, decorrentes de um processo colonial, ou seja, em terras brasileiras, o sistema de ensino-aprendizagem sofreu influxos do seu

---

[634] Convém destacar que, para fins desta tese, quando se emprega o termo educação, quer-se aplicar o sentido amplo, referente ao conjunto de todas as bases para a construção subjetiva de cada pessoa, ou seja, a educação como o processo de conhecimento e aprendizagem pelo qual as pessoas passam. A educação engloba o seguinte eixo: ensino, pesquisa e extensão. No entanto, quando se utiliza o termo ensino, quer se destacar a parcela do eixo educacional que normalmente a pessoa aprende em sala de aula (ensino fundamental, médio ou superior), ou seja, é o modo (a forma) de transmissão do conhecimento acerca das matérias. Para mais informações: https://www.dicionarioinformal.com.br/diferenca-entre/ensino/educa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 7 nov. 2018.

[635] SANTOS, Theobaldo Miranda. **Noções de história da educação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1952.

colonizador e foi focado exclusivamente na catequização.[636] O processo sistematizado de conhecimento perquiriu a denominada ordem missionária católica, com o objetivo de catequisar os nativos (indígenas), para difundir a crença do governo cristão português.

Após isso, a abolição do sistema colonial, a libertação gradual dos escravos, a extinção dos privilégios e riquezas até então consolidadas configuraram reivindicações gerais que pareciam esboçar mudanças no panorama sociopolíticoeconômico, inclusive em termos de política educacional. Era a ideia de um marco zero, "[...] no qual um novo regime político, uma nova conformação de forças políticas e sociais, ou apenas um novo governo tenta apresentar sua proposta educacional como um novo momento ou uma 'reabilitação' da educação em nosso país"[637], mas que manteve as bases europeias para atender uma população culturalmente híbrida, mostrando-se, nesse sentido, inadequada e insuficiente.

Faz-se um recorte histórico, nos períodos entre a monarquia e o império, cada qual com sua singularidade, mas todos demostrando a educação brasileira como reflexo de uma trajetória colonial, seguindo um modelo de sociedade capitalista liberal nas bases fundacionais materializadas na Europa Centro-Ocidental e, por isso, fiel reprodutora de uma filosofia alienante e importada de outra sociedade: a portuguesa.

Paralelo a essa situação, o processo de formação dos professores também se mostrou precário e limitado, pois, de um lado, a "[...] formação se dava pela prática (o mestre escola) e outro pela formação acadêmica (professores oriundos de escolas normais ou faculdades)"[638], mas sempre sem a produção de mão de obra qualificada para lidar com as marcas da hierarquização, das fortes desigualdades sociais e multiétnicas presentes em solo brasileiro. O discurso de profissionais com caráter técnico, neutro e puro, esbarrava no argumento de autoridade do conhecimento (*expertise*) dos profissionais.

Vale destacar ainda que foi somente a partir da retomada democrática, com a Constituição Federal de 1988, que a educação brasileira foi erigida como um direito social (serviço público, e não uma mercadoria) de responsabilidade do Estado. A Constituição Federal prevê no capítulo III, seção I, precisamente no art. 205, que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, visando o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

---

[636] FREITAS, Marcos Cezar; BICCAS, Maurilane de Souza. **Biblioteca básica da história da educação brasileira**: história social da educação no Brasil (1926-1996). São Paulo: Cortez, 2009.
[637] TEIXEIRA, Albano Luiz Francisco. Um breve histórico da educação brasileira – sob o signo da precariedade**. Encontros**, Rio de Janeiro, ano 13, n. 24, p. 60-76, 1. sem. 2015. p. 64.
[638] TEIXEIRA, Albano Luiz Francisco. Um breve histórico da educação brasileira – sob o signo da precariedade**. Encontros**, Rio de Janeiro, ano 13, n. 24, p. 60-76, 1. sem. 2015. p. 64.

Além disso, a Constituição Brasileira também criou condições para que a Lei nº 9.394/1996 estabelecesse as diretrizes e as bases da educação nacional, impondo que a educação abrange os processos formativos que se "[...] desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais".[639]

Das mencionadas normas, extrai-se que a educação escolar brasileira é composta de:

i) educação básica, formada pela educação infantil (desenvolvimento integral da criança de até cinco anos), ensino fundamental (inicia aos seis anos e tem duração de nove anos) e o ensino médio (duração mínima de três anos) e que tem a finalidade de "[...] desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores"[640];
ii) educação superior, formada por cursos sequenciais, de graduação (abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente); de pós-graduação (mestrado e doutorado, especialização, aperfeiçoamento e outros) e de extensão, com a finalidade de

> [...] estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais; incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica; promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos; suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização;estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade; promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição e atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais.[641]

A educação pública brasileira, em todos os níveis (básica e superior), representa uma prática conservadora dos aprendizes do poder. Na educação básica, fruto de um sistema de colonização, não há preocupação com o eixo programático curricular visando disciplinas que

---

[639] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018. Art. 1º.
[640] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018. Art. 22.
[641] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018. Art. 43, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII.

desenvolvam o caráter humano ou que trabalhem com o desenvolvimento das habilidades sociais, como: empatia, escuta ativa e comunicação não violenta, todas competências presentes na mediação indispensáveis para figurar em uma cultura do diálogo e do consenso. As matérias giram em torno da capacitação teórico de disciplinas básicas, sem qualquer preparo do ser humano para conviver com as diferenças, tampouco para administrar de forma diferente os seus conflitos.

O cenário também não se modifica quando as pessoas ingressam na educação pública superior. Marcada por ações pedagógicas de cunho "técnico neutro", a segunda hipótese é que a educação jurídica privilegia ao máximo os manuais do direito, a prática peticionária e a subsunção do fato a norma, ou seja, a proposta pedagógica do ensino (currículo e metodologia) não rompe com o método lógico-formal de apreensão da realidade, ao contrário: mantém cristalizada a supervalorização da prática, por meio das rotinas técnicas e processuais.[642] É aquilo que Arruda denomina de "saber-fazer"; uma atividade acrítica, letárgica e repetitiva; porque não estimula o discente a romper com a ideia de neutralidade e imparcialidade da técnica jurídica, não modifica o padrão tradicional da aula expositiva, tampouco faz o docente e o discente questionarem o fenômeno jurídico para além da "caixa" normativa com a reunião de outros saberes científicos.[643]

A partir dessas definições, o que se pretende discutir nesta seção é que a educação básica e superior, porque se conectou com o contexto de formação de uma sociedade burguesa, voltada à reprodução dos modos culturais, econômicos e sociais dos mais variados interesses de classes, deixou de preparar as pessoas para aprenderem a sentir, a interpretar seus sentimentos e pensamentos, precisamente compreenderem o "[...] inconsciente amoroso (o imaginário radical dos sentimentos)"[644].

Logo, a educação brasileira passou a constituir um sistema simbólico, cujo poder constrói uma realidade e dá imediato sentido ao mundo social e, por consequência, acaba por virar um instrumento de dominação. Há muito, Bourdieu já descrevia que a ação pedagógica é objetivamente uma violência simbólica na medida em que é uma imposição, por um poder

---

642 ARRUDA, Ney Alves. **Educação jurídica e razão comunicativa**: em busca de uma teorização para a sala de aula. 1997. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.
643 ARRUDA, Ney Alves. **Educação jurídica e razão comunicativa**: em busca de uma teorização para a sala de aula. 1997. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.
644 WARAT, Luis Alberto. **Ofício do mediador**. v. I. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 32.

arbitrário (arbitrário cultural).[645] Ao impor certas significações, a educação reproduz a seleção de um grupo ou classe e, ainda, contribui para manutenção das forças de poder. Desse modo, a violência simbólica é um dos principais mecanismos utilizados na prática educacional conservadora, com o objetivo de reprodução dos arbitrários culturais, por vezes tendentes a proteger a ideia de dominação no interior das sociedades.

Portanto, todo o sistema educacional – desde a diretriz básica até o modelo científico superior – é reflexo de uma tradição redutiva, conservadora e, violentamente simbólica, pois não emancipa o cidadão, não proporciona a autonomia (autoeducação), não desperta a consciência no cidadão para que ele possa construir a partir da sua atitude uma vida melhor, ou seja, não rompe com a formação de agentes reprodutores da ideologia da classe dominante.[646]

Acontece que a falta do antes e a falta de uma história educacional em nível humano (formação responsável do sujeito), que valorize a sensibilidade e a alteridade, e que seja comprometida "para o centro que se sente", com a linguagem dos afetos, da empatia e da conexão, é o que contribui para a consolidação do primeiro entrave à modificação cultural que se pretende realizar no sistema de administração da justiça brasileiro. Isso porque a educação, em todos os níveis, é capaz de alterar, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura, ao passo que o vazio educacional acerca do entendimento das espontaneidades afetivas gera dificuldade de alteração no sistema de justiça e mais: retroalimenta a cultura jurídica de tratamento dos conflitos baseada na sentença, conforme se examinará nas próximas seções.

4.3.1.1 Educação básica e os programas de treinamentos em habilidades sociais: análise das diretrizes para os ensinos fundamental e médio

Os processos de resolução de litígios são, em grade medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos. Não se trata, conforme descreve Chase, de um "[...] sistema autônomo ou produto de *experts* isolados, mas são instituições através das quais a vida social é mantida".[647] Considerando a referida abordagem interpretativa é que se concluiu, no segundo capítulo, que os diferentes tipos de sociedades encontram soluções diversas para o objetivo comum humano de resolver os seus conflitos.

---

[645] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
[646] FAGÚNDEZ, Paulo Roney. A crise no ensino jurídico. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Ensino jurídico**: para que(m)? Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
[647] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21.

A partir disso, foi explorado, nesta tese, que uma cultura de tratamento dos litígios predominantemente em outros países que não o Brasil, tal qual como foi apresentada no terceiro capítulo, se constitui em consenso porque comporta, evidentemente, valores simbólicos, como: empoderamento, alteridade, fraternidade e desenvolvimento do conhecimento pluridisciplinar com as habilidades sociais no exercício do diálogo e da cooperação. Ainda, no quarto capítulo, visando desmistificar o sistema de administração da justiça no Brasil, demonstrou-se que a cultura de gestão das controvérsias, em razão do seu desenvolvimento histórico, aborcou valores simbólicos distintos do consenso, tais como: crença e confiança na estrutura do Poder Judiciário e na figura do magistrado, apego ao formalismo técnico e valorização do combate, razão pela qual, no Brasil, a administração das controvérsias se classifica como de sentença.

Contudo, difícil pensar em uma transformação social que não dependa de uma mutação no modelo educacional. Isso porque, por meio da educação, praticam-se atos cognitivos, ou seja, pode-se alcançar mudanças individuais e, sobretudo, sociais, pois, no espaço da educação – dinâmico e interativo – os professores e os alunos devem aprender uns com os outros a conviver e a praticar a cidadania.[648]

Nesse sentido, surge a importância do estímulo às habilidades sociais entendidas, desde o terceiro capítulo, como o conjunto de comportamentos aprendidos verbais e não verbais e que requerem iniciativa e respostas que afetam a relação interpessoal (capacidades cognitivas)[649] e que contribuem para a formação continuada em grupo, destacando-se que o "[...] o comportamento social é um comportamento como qualquer outro; podendo, portanto, ser ensinado e, consequentemente, aprendido".[650] Isso porque, conforme destaca Gama, "[...] as habilidades adquiridas e desenvolvidas são determinantes de um perfil de alunos e, ao mesmo tempo, apontam para o tipo de cidadão e sociedade que se pretende coletivamente construir".[651]

Para Silva, existe um conjunto de habilidades sociais que podem ser desenvolvidas no interior da escola:

---

[648] GUZZO, R. S. L. Saúde psicológica, sucesso escolar e eficácia da escola: desafios do novo milênio para a psicologia escolar. *In*: DEL PRETTE, Zilda A. P. (org.). **Psicologia escolar e educacional, saúde e qualidade de vida**. 2 ed. Campinas: Alínea, 2003.
[649] CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.
[650] CORRÊA, Carmen Izaura Molina. **Habilidades sociais e educação**: programa de intervenção para professores de uma escola pública. 2008. 140 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2008. p. 43.
[651] GAMA, Zacarias. **A elite do atraso e a Base Nacional Curricular Comum (BNCC)**. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/01/16/elite-do-atraso-e-base-nacional-curricular-comum-bncc. Acesso em: 13 nov. 2018.

> i) Autocontrole e expressividade: contribuem para que o indivíduo possa aprender a lidar com seus próprios sentimentos (exemplo: reconhecer as emoções e sentimentos);
> ii) Civilidade*:* auxilia o indivíduo a se relacionar de maneira "educada" com os outros" (exemplos: expressões como desculpe, por favor, obrigada e a comunicação não violenta);
> iii) Assertividade: prepara o indivíduo para perceber o momento "certo" para expressar os sentimentos (exemplos: empatia e escuta ativa);
> iv) Soluções de problemas interpessoais: momento de tomada de decisão de qualquer indivíduo, permitindo que haja melhores respostas com menores custos, ou seja, são habilidades para aprender a viver em grupo e fazer concessões.[652]

Aprendendo a viver em grupo e mediar, todos melhoram o desempenho social e chegam ao padrão histórico e simbólico da condição especial do consenso.

Ocorre que as habilidades sociais não são apenas um conceito teórico, mas também uma vivência (prática), cujo campo de estudo contempla o treinamento de habilidades sociais (THS), que apresenta programas específicos para o desenvolvimento de estratégias comportamentais com diversos grupos.[653] O treinamento de habilidades sociais (treinamento assertivo nos EUA) é um método de intervenção para a promoção de habilidades sociais e permite o "[...] entendimento de que a ação de cada um é fundamental para a promoção de um ambiente social saudável, além de favorecer melhor satisfação nas relações interpessoais".[654]

Daí porque uma sociedade cuja prática cultural investe na educação do comportamento individual com foco nas habilidades sociais terá, como consequência, a aprendizagem de formas sadias de relacionamento com a replicação do comportamento e das competências interpessoais sobre todo o grupo social sendo, por isso, uma sociedade capaz de conviver e trabalhar sob o manto da cultura jurídica do consenso, justamente porque essa perspectiva não depende da legalidade em si, mas sim do olhar sistêmico sobre o humano.

Nesse sentido, as transformações que se pretendem no sistema de administração da justiça brasileira, passando de um modelo predominantemente da sentença para o outro paradigma que valorize o consenso, dependem, principalmente, da educação. À medida que o professor se apresenta assertivo, demonstrando claramente suas ideias e, principalmente, sendo

---

[652] SILVA, Rosângela Aparecida. **Importância das habilidades sociais educativas no contexto da sala de aula**. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_rosangela_aparecida_silva.pdf. Acesso em: 13 nov. 2018. p. 23.

[653] DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. Habilidades sociais e educação: pesquisa e atuação em psicologia escolar / educacional. *In*: DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. (org.). **Psicologia escolar e educacional, saúde e qualidade de vida**: explorando fronteiras. 2 ed. Campinas: Alínea, 2003.

[654] CORRÊA, Carmen Izaura Molina. **Habilidades sociais e educação**: programa de intervenção para professores de uma escola pública. 2008. 140 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2008. p. 44.

habilidoso na arte de expressar sentimentos (positivos e negativos), os alunos terão ferramentas para, em situações semelhantes, agirem de forma assertiva, notadamente para lidarem com os conflitos que surgirem no âmbito escolar.[655]

Além disso, estudos[656] demonstram que as habilidades sociais são aprendidas e podem ser desenvolvidas em situações de grupo e, ainda, que a idade compreendia entre os seis e os 17 anos – período desde o ensino fundamental até a finalização do médio – é o momento adequado para a formação da personalidade da pessoa e para que os alunos captem e aprendam (principalmente baseados na aprendizagem por modelação frente a comportamentos emitidos por colegas e professores)[657] as habilidades sociais.

Assim, partindo da reflexão de que se deve ensinar e treinar comportamentos sociais na escola (para alunos e professores) e que uma cultura do consenso depende do investimento em tais quesitos, examina-se a primeira hipótese desta tese: a educação brasileira, desde o nível básico, se mostra como um entrave à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual, porque não inclui programas para o desenvolvimento emocional e interpessoal dos seus alunos e professores.

Para modificar o fim que se deseja: administração dos conflitos preponderantemente da sentença para a solução consensual, justifica-se, também, modificar o meio: que a educação escolar inclua programas de treinamento e habilidades sociais, motivados por pesquisas que associam a qualidade de vida à qualidade dos relacionamentos interpessoais. Considerando o objetivo de confirmar ou afastar a hipótese – se o tema habilidades sociais é tema contemplado pela educação brasileira (e, com isso, ter a sociedade brasileira a aptidão de modificar o padrão cultural da sentença para o consenso), examinam-se os Parâmetros Curriculares Nacionais, especialmente no que tange ao ensino fundamental e o médio.

Da leitura da Lei n. 9.394/1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e que regulamenta todo o sistema educacional (público ou privado), conclui-se que os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter por base diretrizes de ordem nacional e comum, abrangendo, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da

---

[655] DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. Treinamento de habilidades sociais na escola: o método vivencial e a participação do professor. *In*: BANDEIRA, Mariana; DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. (org.). **Estudos sobre habilidades sociais e relacionamento interpessoal**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

[656] Para mais informações, vide: FALCONE, E. M. O. Grupos. *In*: RANGÉ, Bernard. **Psicoterapia comportamental e cognitiva**: pesquisa prática, aplicações e problemas. Campinas: Psy, 1995.

[657] WYLER, Marília Mengarda; RAISER, Josiane Schueda Raiser. Habilidades sociais e educação: avanços e possibilidades. **Ágora**: Revista de Divulgação Científica, Concórdia, UnC, v. 19, n. 2, p. 40-63, jul./dez. 2014.

matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil, conforme art. 26, § 1º.[658]

Também são acrescidas disciplinas obrigatórias, como arte, educação física, história do Brasil e da cultura afro-brasileira e indígena, sem prejuízo da integralização, a critério do sistema de ensino, de projetos e pesquisas envolvendo temas transversais, conforme previsão, respectivamente, do art. 26§ 2º, §3º e §4º e§7º.[659] De todo modo, todo o conteúdo programático serve para difundir valores fundamentais aos interesses sociais, aos direitos e deveres do cidadão, bem como para preparar o jovem para o mercado de trabalho.

A mencionada norma continua determinando, em seções próprias, que o ensino fundamental tem como finalidades desenvolver na criança, entre os seis e 15 anos, a capacidade de:

> i) aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;
> ii) compreender o ambiente natural e social, o sistema político, a tecnologia, as artes e os valores em que se fundamenta a sociedade;
> iii) desenvolver a capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;
> iv) fortalecer os vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social, conforme a seção III (art. 32).[660]

No tocante ao ensino médio, a norma também determina como objetivos específicos desenvolver no jovem entre 15 e 17 anos a capacidade para:

> i) consolidar e aprofundar os conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;
> ii) preparar para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;
> iii) aprimorar o educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;
> iv) compreender os fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina, conforme seção IV (art. 35).[661]

Nesse primeiro momento, da leitura dos parâmetros e das finalidades curriculares nacionais elaborados pela Constituição Federal como um norte para educação brasileira, apenas

---

[658] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.
[659] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.
[660] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.
[661] BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.

foram mencionados os conteúdos essenciais das áreas de conhecimentos consideradas como "formais" (exemplo: matemática), não estando contemplado o termo habilidades sociais como tema principal, tampouco como matéria transversal a ser abordada em sala de aula, pelo menos não com essa nomenclatura.

O critério constitucional não promove práticas pedagógicas voltadas para o desenvolvimento e a aprendizagem do outro o que, sem dúvida, poderia contribuir para melhorar a qualidade nas relações interpessoais, na qualidade de vida e na autoestima dos envolvidos sendo, portanto, um importante fator de proteção e desenvolvimento, especialmente para as crianças. Entende-se que "[...] o investimento da escola na promoção de habilidades sociais pode ser defendido com base em três argumentos: a função social da escola; as evidências de relação entre habilidades sociais e desempenho acadêmico; as políticas de inclusão".[662]

No entanto, ao continuar a pesquisa sobre as legislações existentes quanto ao conteúdo curricular nacional, verifica-se que a norma federal apenas garante uma padronização mínima na elaboração dos objetivos comuns, enquanto a referência nacional obrigatória da base curricular é prevista por meio da Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Segundo o portal do Ministério da Educação (MEC), a BNCC, aprovada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) e homologada pelo Ministério da Educação em dezembro de 2017, é um documento de caráter normativo, aplicável exclusivamente à educação escolar, tal como a define o §1º do art. 1º da LDBN, e para fixar um conjunto progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver ao longo das etapas e modalidades da educação básica.[663]

Por meio da política nacional da BNCC, o Estado brasileiro concede a todos os alunos a mesma oportunidade de aprender o que é fundamental, mediante uma referência nacional, comum e obrigatória pela qual as instituições de ensino devem se orientar para elaborarem ou adequarem seus currículos e suas propostas pedagógicas. Entre os pontos fixados pela BNCC, destacam-se que as aprendizagens essenciais devem ter compromisso com a "educação integral", assegurando, assim, repassar aos estudantes o que eles devem "saber" (habilidades,

---

[662] DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. **Psicologia das habilidades sociais na infância**: teoria e prática. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 63.

[663] **Base Nacional Comum Curricular (BNCC) para a educação infantil e o ensino fundamental**. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#apresentacao. Acesso em: 14 nov. 2018.

atitudes e valores) e o que eles devem "fazer" (conhecimento técnico), por meio do desenvolvimento de dez "competências"[664] gerais, como a

> [...] mobilização de conhecimentos (conceitos e procedimentos), habilidades (práticas, cognitivas, sociais e emocionais), atitudes e valores para resolver demandas complexas da vida cotidiana, do pleno exercício da cidadania e do mundo do trabalho.[665]

Entre a ordem das competências articuladas pela BNCC, destacam-se, respectivamente, sem qualquer hierarquia, as competências nº 8, 9 e 10, cuja redação se coaduna com a discussão prevista nesta seção:

> (8) conhecer-se, apreciar-se e cuidar de sua saúde física e emocional, compreendendo-se na diversidade humana e reconhecendo suas emoções e as dos outros, com autocrítica e capacidade para lidar com elas; (9) exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos; (10) agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários.[666]

As expressões grifadas na citação anterior denotam a preocupação holística da educação brasileira em instigar a concepção eticamente comprometida com a saúde emocional de si e do outro, o exercício de sentir os sentimentos dos outros (empatia), a resolução de conflitos mediante a cooperação e a importância da fraternidade (na figura da solidariedade), valores esses que se mostram idênticos aos padrões simbólicos destacados no terceiro capítulo, quando abordada a cultura do consenso. Com tais orientações, a BNCC, seguindo um movimento mundial[667], aderiu à ideia de competências e rompeu com "[...] propostas curriculares anteriores, tais como: currículos lineares que desenvolviam conteúdos estanques e a fragmentação do eixo de formação".[668]

Além disso, a BNCC indica para o tipo de sociedade brasileira que pretende formar: uma sociedade com cidadãos minimamente qualificados como socialmente competentes e que

---

[664] Segundo Perrenoud, no campo da educação, os termos saberes, habilidades e capacidades são substituídos e incorporados em uma única expressão: competências no sentido de ação e qualificação. Para mais informações: PERRENOUD, Philippe. **Dez novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

[665] **Base Nacional Comum Curricular (BNCC) para a educação infantil e o ensino fundamental**. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#apresentacao. Acesso em: 14 nov. 2018.

[666] **Base Nacional Comum Curricular (BNCC) para a educação infantil e o ensino fundamental**. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#apresentacao. Acesso em: 14 nov. 2018. (grifos nossos).

[667] A "nova Agenda de Competências para a Europa" editada pela Comissão Europeia também prevê competências de base para os futuros cidadãos. Para leitura: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0381&from=PT. Acesso em: 14 nov. 2018.

[668] RIBAS, Tania Rocha Cabral; PERITO, Mario; ARMONI, Paschoal Laercio; SARACENI JUNIOR, Guilherme. As diferentes dimensões da "competência" na formação do profissional professor. **Revista da Educação**, Guarulhos, UNG, v. 1, n. 2, p. 43-49, 2006. p. 44.

consigam estabelecer interações mais satisfatórias e duradouras e, com isso, saber melhor encarar os seus conflitos do dia a dia. O documento parece que compreendeu a ideia desenvolvida por Del Prette e Del Prette quando descrevem que a "[...] aprendizagem de comportamentos sociais e de normas de convivência inicia-se na infância o que influi sobre a qualidade de suas relações interpessoais subsequentes".[669]

Todavia, Santos e Pereira fazem críticas ao que chamam de padronização de currículos com a publicação da BNCC, explicando que o documento é uma "[...] medida inócua, pois a experiência tem mostrado que os professores, com raras exceções, não consultam os documentos oficiais para preparar as suas aulas".[670] Ainda, Maquiné e Azevedo continuam a crítica, ao demonstrarem que as competências somente serão perfectibilizadas pragmaticamente se forem oferecidos cursos de formação continuada, reciclagem e aperfeiçoamento aos professores.[671]

De fato, o documento se perfaz somente em uma expectativa de aprendizagem aos alunos, porque não transforma, necessariamente, essas competências em componente curricular obrigatório, cumprindo ao docente (que não tem a respectiva formação continuada ou curso de reciclagem e aperfeiçoamento necessária) articular sua aprendizagem com outras habilidades relacionadas às áreas do conhecimento. Contudo, não se pode afirmar que, na educação básica brasileira, não exista orientação para que as instituições formem humanos "competentes" em suas dimensões intelectual, física, afetiva, social, ética e moral. Podem não existir, no entanto, até porque a implantação da BNCC é recente (início do ano de 2018), dados empíricos acerca do resultado da implantação das competências nas propostas pedagógicas, o que, por si, não desqualifica o objetivo da BNCC.

Assim, em um segundo momento da pesquisa, trazendo as normas estabelecidas pela BNCC, entende-se que o documento contempla em seus textos a ideia central aqui analisada: a importância de se trabalhar no contexto educacional as relações interpessoais e as habilidades sociais (competências segundo o termo empregado pela BNCC) necessárias para o fomento de cidadãos que compreendem os valores simbólicos do consenso.

---

669 DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. **Competência social e habilidades sociais**: manual teórico-prático. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 51.
670 SANTOS, Lucíola Licínio de Castro Paixão; PEREIRA, Júlio Emílio Diniz. Tentativas de padronização do currículo de formação de professores no Brasil. **Caderno Cedes**, Campinas, Unicamp, v. 36, n. 100, p. 281-300, 2006. p. 284.
671 MAQUINÉ, Gilmara Oliveira; AZEVEDO, Rosa Oliveira Marins. Competências na formação de professores: da LDB à BNCC. **Reves** – Revista Relações Sociais, Viçosa, UFV, v. 1, n. 1, p. 111-120, 2018.

Portanto, em que pese a LDB não ter assegurado o emprego de programas em treinamentos de habilidades sociais, a BNCC implica essa previsão quando determina que sejam executadas, nas propostas curriculares, as competências consistentes em práticas cognitivas, sociais e emocionais. Nesse sentido, a primeira hipótese desta tese se encontra parcialmente comprovada, pois a educação em nível básico (ensino fundamental e médio) prevê que se desenvolvam nos jovens as competências para adquirirem os valores simbólicos da cultura do consenso, em especial o diálogo, a empatia e a cooperação.

No entanto, sem efetivamente constarem disciplinas teóricas e práticas sobre as habilidades sociais aos alunos e cursos de formação continuada, reciclagem e aperfeiçoamento aos professores, a educação básica pode tornar-se um obstáculo à efetivação da proposta de cultura do consenso, consistente na carência de informações – desde a mais tenra idade – sobre como lidar de forma mais equilibrada com os conflitos.

4.3.1.2 Novos tempos, velhos desafios: exame da proposta pedagógica na educação superior jurídica brasileira

Ficou definido na seção anterior que a educação, mesmo quando exercida de maneira violenta e simbólica pelo aparelho ideológico do Estado, é o meio pelo qual a sociedade renova perpetuamente as condições de sua própria existência. O ponto essencial é que a educação "[...] constitui um processo de transmissão cultural no sentido amplo do termo (valores, normas, atitudes, experiências, imagens, representações) cuja principal função é a reprodução do sistema social"[672], ou seja, ela é paz de transformar a sociedade e, em último grau, reproduzir, coletivamente, o comportamento.

Se a educação é um processo de socialização[673] que integra os indivíduos e o contexto social no qual eles se encontram, variando segundo o tempo e o espaço, ela proporciona aos sujeitos o desenvolvimento da autonomia e da capacidade de interferência no contexto evolutivo. Daí porque se registre, mais uma vez, ser tão difícil conceber uma transformação cultural que não dependa também do processo educacional. A noção de que, havendo um problema, caso os próprios envolvidos não consigam resolvê-lo, sua solução não deve ser delegada ao exercício do poder conferido à autoridade (que, no âmbito familiar, é identificada

---

[672] NOÉ, Alberto. A relação educação e sociedade: os fatores sociais que intervém no processo educativo. **Revista Avaliação**, Campinas, Unicamp, ano 5, n. 3, v. 17, p. 21-26, set. 2000. Disponível em: http://antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=243. Acesso em: 14 nov. 2018. p. 22.
[673] DURKHEIM, Émile. **Educación y sociología**. Buenos Aires: Shapire, 1973.

na pessoa dos pais e, na escola, pelo professor ou diretor) deve ser trabalhada desde o início infantil até a vida adulta. Nesse sentido, ficou conclusivo na seção anterior que, na origem (na base) da educação brasileira, existe coordenada para que os cidadãos compreendam e adquiram os valores da cultura do consenso ainda que, de fato, na prática, não se tenham resultados (números) acerca da aplicação dessas competências.

Todavia, a questão que se impõe, agora, nesta seção, ultrapassa o nível de educação básica, compreendendo o exame da continuidade da formação desse cidadão para o mercado de trabalho, em especial, a análise do cidadão – que teve ou não o treinamento de habilidades sociais – quando do seu ingresso no curso de direito.

A educação formal de cursos superiores no Brasil faz-se no âmbito das universidades, que são instituições autorizadas a ministrar o ensino superior e a habilitar os indivíduos para o exercício de determinadas profissões, como, por exemplo, a profissão jurídica dos bacharéis em direito. Explica Machado que a prática do ensino superior, como uma das características fundamentais da universidade, traduz-se na capacidade de transmissão do conhecimento em uma perspectiva elevada e profunda dos diversos aspectos da realidade, em todas as suas manifestações, causas, efeitos e contingências, proporcionando ao acadêmico um saber sistemático e global.[674]

Vale destacar que a universidade pública brasileira é uma recente instituição que seguiu, assim como todo o sistema universitário da América Latina, o padrão napoleônico da primeira versão do modelo francês de universidade (federação com institutos isolados e objetivos precipuamente profissionalizantes), cujo saber é fragmentado, especializado e profissionalizante, abandonando a ideia de formação integral e enciclopédica.[675] Além do ensino profissionalizante, a universidade pública deve formar pessoas capazes de propor projetos de desenvolvimento científico, tecnológico, social e político, indispensáveis ao crescimento de um país autônomo e democrático.

Entretanto, a formação de trabalhadores com diplomas de nível superior no Brasil, em geral, se perfaz no *locus* de criação de um "exército acadêmico de reserva"[676], isto é, o lugar dos estudantes de nível superior na sociedade brasileira encontra-se em novos tempos, mas com velhos desafios, mergulhado em uma profunda "dificuldade multifacetada" e dialética entre a educação jurídica e a sociedade brasileira.

---

[674] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
[675] RIBEIRO, Darcy. **A universidade necessária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
[676]ARRUDA JÚNIOR, Eduardo Lima. **Ensino jurídico e sociedade**. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 8.

A universidade brasileira e, em particular, a educação jurídica no país, tem enfrentado uma série de problemas internos e organizacionais, sobretudo de fatores de cunho político, econômico e social decorrentes da própria estrutura do Estado brasileiro. Partindo-se da conclusão descrita na tese de doutoramento de Rodrigues, os problemas na educação jurídica decorrem de três fenômenos distintos: "i) funcional (mercado de trabalho, identidade e legitimidade do operador do direito); ii) estrutural (paradigmas político-ideológico e epistemológicos do direito); iii) operacional (falhas na questão curricular e didático-pedagógica)".[677]

A "crise [...] operacional – conjunto de problemas referentes à estrutural formal do ensino do direito"[678], ou seja, as falhas na proposta pedagógica, em especial os problemas no currículo e na metodologia de ensino direito, é o centro de atenção desta seção. Como já descrito, a história da educação jurídica já nasceu legalista e dogmática, deixando como herança o bacharelismo e a teoria geral filosófica positivista do direito, razão pela qual a mentalidade dos juristas desconheceu as reais necessidades sociais e firmou-se codificada e centrada no estudo das leis, permanecendo até os dias atuais. Além da característica do bacharelismo que impregnou uma postura burocratizada, o pensamento do jurista brasileiro é codificado, legalista e exegético, influenciado pela teoria filosófica do direito como positivismo, dotado de um valor vinculado ao método lógico dedutivo (silogismo) e da crença na neutralidade (ou pelo menos objetividade) do sujeito cognascente.[679]

A partir dessas características, delimita-se o alcance da segunda hipótese desta tese: a educação brasileira, em nível superior, também se mostra como um entrave à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual, porque apresenta falhas na questão didático-pedagógica voltadas para a manutenção dos símbolos da sentença. Isso porque as grades curriculares não abordam disciplinas que estudem, propriamente, o conflito, a formação dos métodos consensuais de solução dos conflitos (no caso desta tese, a abordagem da mediação), tampouco matérias com temas transversais, teóricos e práticos acerca do treinamento das habilidades sociais.

---

[677] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1992. p. 55.
[678] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1992. p. 283.
[679] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1992.

Não se desconhece a crítica feita por Rodrigues para quem a "[...] simples alteração da matriz curricular do curso é equivocada. A introdução, supressão ou alteração de componentes curriculares não é capaz, isoladamente, de solucionar problemas de percepção e de compreensão da realidade".[680]

No entanto, para fins desta tese, compreende-se que, para fazer a sociedade reconhecer os valores simbólicos existentes na cultura do consenso, torna-se indispensável, no mínimo, modificar a matriz curricular para fazer prevalecer disciplinas pluridisciplinares, pois isso contribui para uma importante faceta simbólica da substituição de uma velha estrutura cultural por uma nova estrutura, a qual cria uma expectativa positiva.

Assim, considerando o objetivo de confirmar ou afastar a segunda hipótese – a matriz didático-pedagógica (currículo e metodologia) dos cursos de direito no Brasil não preveem disciplinas e formas de aprendizagem que abordem o viés construtivo do conflito, o estudo dos métodos consensuais de solução dos conflitos (no caso desta tese, a abordagem da mediação), tampouco matérias com temas transversais teóricos e práticos acerca do treinamento das habilidades, é que se analisam os regramentos do CNE a partir dos seguintes enfoques: projeto pedagógico, perfil do graduando, habilidades e competências, conteúdos e atividades, prática jurídica, estágio supervisionado e atividades complementares.

Tudo que diz respeito à educação jurídica teve início com a entrada em vigor da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em 1996[681], que introduziu a figura das diretrizes curriculares, em substituição à ideia de currículo mínimo[682]. Com base nessa alteração e na necessidade de adaptação dos cursos superiores, o CNE elaborou a Resolução n. 9, de 2004, instituindo as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito, na forma

---

[680] RODRIGUES, Horário Wanderlei. Novas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de direito: uma leitura crítica da proposta apresentada pelo CNE, em julho de 2017, no XXVI Encontro Nacional do Conpedi. *In*: GRUBBA, Leilane (org.). **Direito, democracia, desenvolvimento e sustentabilidad**e. Coleção: Justiça, democracia e sustentabilidade, v. III. Porto Alegre: FI, 2017. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_e47287dd074a48c2a6120c86feab2507.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018. p. 44.

[681] Para fins desta tese, o recorte metodológico da história dos cursos jurídicos no Brasil e os respectivos conteúdos propedêuticos se dá a partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, porque essa lei proporcionou singulares mudanças na forma de abordagem de ensino-aprendizagem na educação jurídica brasileira.

[682] Os marcos legais e regulatórios dos cursos de direito remontam em três momentos: i) currículo único: adotou-se currículo único para todos os cursos de direito entre os períodos 1827 até 1962; ii) currículo mínimo: estabeleceram-se os conteúdos mínimos para instituições de ensino entre os períodos 1962 e 2004; iii) diretrizes curriculares: estabeleceram as competências e as habilidades que devem pautar os egressos do curso de direito e entrou em vigor com a Resolução n. 9/2004, do CNE. Catalogação encontrada em: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dantas. **As diretrizes curriculares e o desenvolvimento das habilidades e competências nos cursos de direito**: o exemplo privilegiado da assessoria jurídica popular. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32421-39149-1-PB.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

de bacharelado, a serem observadas pelas instituições de educação superior em sua organização curricular.[683]

Naquela época, o projeto pedagógico do curso de direito visava, entre outros aspectos, conforme o art. 2º: IV- realização da interdisciplinaridade; IX - atividades de estágio curricular supervisionado e a realização e a implantação do Núcleo de Prática Jurídica; X - composição das atividades complementares.[684] Para o perfil de formação do graduando, o art. 3º da resolução assegurava a

> [...] formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica [...]. (grifos do autor) [685]

No que tange às habilidades e competências, a resolução determinava que a formação do profissional em direito girasse em torno de, no mínimo, 10 competências, entre as quais: "[...] leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, interpretação e aplicação do direito, sem prejuízo das demais previstas no art. 4º da menciona resolução" (grifos do autor)[686].

Já no tocante à organização curricular, conteúdos e atividades, o art. 5º interliga três eixos de formação:

> i) Eixo de formação fundamental, cujo escopo é integrar o estudante com outras áreas científicas que envolva conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;
> ii) Eixo de formação profissional com enfoque dogmático nas matérias essenciais sobre: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; (grifo nosso).
> iii) Eixo de formação prática para integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o

---

683 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018.

684 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018.

685 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018. (grifos nossos).

686 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018. (grifos do autor).

> Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.[687]

Além disso, ofertava-se obrigatoriamente o estágio supervisionado a ser realizado na própria instituição, por meio do núcleo de prática jurídica, com o objetivo de consolidar o perfil do profissional em diversas modalidades de operacionalização, consoante ao que estabelece o art. 7 da resolução. Por último, nos termos do art. 8º da resolução, as atividades complementares também são componentes curriculares, adquiridas, inclusive, fora do ambiente acadêmico, de modo transversal, opcional e interdisciplinar.[688] Desse modo, o curso jurídico desenvolveu-se, sem exagero, "[...] baseado em um currículo de institutos jurídicos e fundamentado sob o viés metodológico da forma expositiva teórica e prática, em razão, inclusive do aspecto da própria cultura jurídica".[689]

A partir das mencionadas diretrizes, observa-se que, mesmo existindo, desde 2010 (Resolução n. 125 CNJ) e de 2015 (lei sobre mediação e vigente CPC), uma orientação, uma política pública nacional para o tratamento consensual dos conflitos, não havia, em contrapartida, uma educação jurídica que acompanhasse a mudança pretendida. De 2004 a 2015, o projeto pedagógico do curso de direito mantinha, respectivamente, uma proposta curricular rígida com disciplinas eminentemente dogmáticas e uma metodologia preferencialmente de modo aula conferência. O projeto pedagógico destacava o ensino dos processos contenciosos (civil, trabalhista, penal, administrativo) e a forma judicial como o instrumento adequado de aplicação dos processos e de realização do direito material, ou seja, produzia um padrão de alunos treinados a solucionarem os conflitos, principalmente pela abordagem heterocompositiva e pelo método do processo judicial.

Ocorre que esse tipo de projeto pedagógico "bancário"[690], que não contempla o ensino pluridisciplinar, tampouco valoriza metodologias voltadas às aulas participativas, forma uma

---

687 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018. (grifo nosso).

688 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018.

689 Pronunciamento de San Tiago Dantas, em 1955, na aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro. Para mais informações: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Ensino do direito no Brasil**: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 13.

690 Referência à educação bancária proposta por Paulo Freire para quem o saber é fechado, e o educando é concebido como aquele que recebe a transferência do conhecimento e de informações. O professor detém o papel

"massa" de bacharéis técnico-burocratas que, alienados, apenas recepcionam o conhecimento e supervalorizam a concepção liberal do poder jurídico político (monopólio da violência legítima por parte do Estado), sem construir habilidades sociais, como: empatia, comunicação não violenta e escuta ativa. Warat já alertava que os corpos dos juristas não foram treinados para as emoções, bastando pensar nos gestos contidos, nas vestimentas formais, na linguagem rebuscada e na valorização da norma (positivismo) em detrimento do real interesse das pessoas.[691]

Todavia, a atividade técnica da mediação de conflitos como uma nova abordagem paradigmática do sistema jurídico brasileiro de tratamento dos conflitos, representativo da cultura do consenso, não admite a reprodução de práticas formais e burocráticas, impeditivas do protagonismo das partes, ou seja, não se coaduna com a postura fechada e alheia à plurisdisciplinaridade.

Assim, um currículo fechado e uma metodologia dogmática centrados em matérias formais nada mais fazem do que moldar alunos que deem preferência para resolução dos conflitos por meio adversarial, ou seja, uma proposta pedagógica que mantém entre os alunos do curso do direito a valorização da cultura da sentença. Corrobora com essa afirmação a pesquisa entabulada em nível macro por Zamboni, feita na estrutura curricular disponível nos sítios eletrônicos das 20 melhores universidades do país, pela qual o pesquisador concluiu que:

> i) a maioria delas (UFMG, UNB, PUC-SP, Unesp) possui tópicos de mecanismos alternativos na disciplina de Teoria Geral do processo, mas sem informações sobre disciplinas específicas de mediação ou conciliação;
> ii) outras universidades (UFRJ, PUC-RIO, UFPR) possuem disciplinas optativas de mecanismos alternativos em geral, combinadas de mediação, conciliação e arbitragem;
> iii) nas duas faculdades de direito da USP, existem disciplinas optativas independentes (mediação de um lado e arbitragem de outro);
> iv) possuem disciplinas obrigatórias combinadas de mediação e arbitragem apenas Mackenze, UERJ e UFPE;
> v) a UFSC apresenta disciplina obrigatória de mediação e negociação e optativa de arbitrage;
> vi) Direito GV SP há disciplinas obrigatórias específicas de negociação, mediação e arbitragem com metodologias de técnicas em oficinas.[692]

---

ativo, opressor e ao aluno cabe o papel passivo, oprimido e de depósito. Para mais informações: FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

[691] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no Direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

[692] ZAMBONI, Alex Alckin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos**: impacto da Resolução nº 125 do CNJ sobre os cursos de direito. 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 44.

Em nível micro, destaca-se a pesquisa elaborada por Magalhães e Santos, para quem, nas instituições superiores de Santa Catarina, "[...] mais de sessenta por cento (60%) da carga horária dos currículos dos cursos jurídicos em Santa Catarina são estruturados para o aprendizado e o direcionamento para a resolução dos conflitos pela forma judicial".[693]

Os referidos pesquisadores analisaram as informações curriculares dos cursos de direito contidas nos *sites* oficiais de grande parte das principais instituições de ensino superior catarinenses e constataram que:

i) das 11 instituições de ensino superior que oferecem curso de graduação em direito, apenas cinco possuem disciplinas obrigatórias com conteúdo exclusivo sobre formas alternativas de resolução de conflitos[694];
ii) dessas 11 instituições, apenas quatro oferecem disciplinas optativas com conteúdo exclusivos sobre formas alternativas de resolução de conflitos[695];
iii) das 11 instituições, apenas três não oferecem nenhuma disciplina com conteúdo exclusivo sobre formas alternativas de resolução de conflitos.[696]

Além disso, os pesquisadores observaram que as cargas horárias atribuídas pelas instituições de ensino superior que oferecem disciplinas obrigatórias e/ou facultativas sobre formas alternativas de resolução de conflitos são ínfimas: "[...] somente em 1,2% do conteúdo

---

[693] MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018. p. 12.
[694] A UFSC oferece a disciplina negociação e mediação; a Univille oferece a disciplina solução extrajudicial de conflitos e juizados especiais cíveis; a Unesc oferece a disciplina sistemas alternativos de resolução de conflitos; a Estácio de Sá oferece a disciplina mediação de conflitos; o Cesusc oferece a disciplina mediação e arbitragem. Para mais informações: MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018.
[695] A UFSC oferece a disciplina arbitragem; a Univali oferece a disciplina métodos alternativos de solução de conflitos e a disciplina negociações internacionais (para que optar pelo módulo internacional); a Furb oferece a disciplina mediação e arbitragem; a Unoesc oferece a disciplina equivalentes jurisdicionais. Para mais informações: MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018.
[696] Não oferecem disciplinas: UNC, Unochapecó e Unisul. Para mais informações: MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018.

do curso o aluno terá acesso à informação sobre como resolver conflitos por outros meios que não à forma judicial de resolução de conflitos".[697]

Recentemente, conforme já destacado, Stersi e Maillart, atualizando as pesquisas nos cursos de direito do Sul do Brasil, precisamente, nos anos de 2016-2017, concluíram que a cultura da sentença continua a ser reproduzida no Brasil.[698]

As pesquisas – nível micro e macro – demonstram a existência de uma parcela da educação jurídica brasileira que não engloba o trabalho de preparação teórica e técnica para romper com a cultura da sentença arraigada nos Brasil. Não obstante seja possível identificar disciplinas destinadas à abordagem consensual, regra geral, seus conteúdos são eminentemente teóricos, optativos ou, quando muito, trabalhados à luz das matérias heterocompositivas como, por exemplo, na disciplina de teoria geral do processo civil.

Seguindo as normas da Resolução n. 9, do CNE, não existia um processo educativo que englobasse a cultura do consenso com todos os seus símbolos (empoderamento, fraternidade, autonomia, habilidades sociais, cooperação e diálogo) à pauta do magistério das academias jurídicas. O modelo de formação de discente, mesmo com a tríade legislativa vigente, manteve a proposta de preparação dos acadêmicos para o manuseio técnico de práticas jurídico-adversariais de resolução de conflitos, resultando no desconhecimento de estudantes e profissionais de direito sobre relevantes aspectos de outras vias de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça.[699]

Daí porque se pode concluir que, até 2015, alcançando a fase universitária na área do direito, o acadêmico dedicava, em média, cinco anos para estudar as inúmeras leis e para interpretá-las, bem como para entender os institutos processuais para bem empregar a técnica. É assim que se iniciava a vida profissional de muitos operadores do direito: preocupados em elaborar adequadamente uma boa peça processual, mas nem sempre tão bem preparados para

---

[697] MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018. p. 12.

[698] SANTOS, Ricardo Soares Stersi; MAILLART, Adriana Silva. A "cultura da sentença" em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de direito no Sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-699, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1962/1854. Acesso em: 19 dez. 2018.

[699] SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação**: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos. 2008. 285 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

compreender o conflito de modo a contribuir para identificação, segundo os interesses das pessoas envolvidas, da melhor alternativa para sua solução.[700]

Acontece que, tanto as matérias sobre a solução consensual dos conflitos quanto o exercício prático das habilidades sociais, são medidas indispensáveis que devem constar nas diretrizes curriculares e na metodologia dos cursos de direito para o fim de capacitar o futuro profissional (advogado, juiz, promotor, mediador, entre outros) a trabalhar em uma nova forma de enfrentar o conflito sob o olhar humano e a modificar a cultura jurídica interna dos próprios profissionais do direito.

A dificuldade de assimilação desses novos ditames (meios consensuais) depende de uma nova formação profissional que gravite em torno dos elementos que compõem a cultura do consenso, tais como: empoderamento, fraternidade, autonomia, habilidades sociais, cooperação e diálogo. Sem o estudo dos mencionados elementos, não há como se projetar uma nova cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Nesse sentido, Santos sustenta que é a "[...] partir do processo educacional, a partir do enfoque a ser dado ao processo de formação de nossos profissionais do Direito, que poderemos fazer com que esses 'meios alternativos' signifiquem exatamente o que a expressão sugere [...]."[701]

O autor Warat há muito já afirmava que não se "[...] modifica a práxis jurídica, se não se modificar o simbólico a ela correspondente"[702], ou seja, não existe mudança estrutural na educação jurídica enquanto a sua transmissão decorre do mesmo paradigma curricular e metodológico fechado, rígido e unidisciplinar. Nesse âmbito, enquanto o ensino jurídico nacional se "[...] mantiver pautado, com exclusividade, nas práticas formais do processo judicial, permanecerá o *status* do desconhecimento, da desconfiança ou do repúdio dos juristas em relação a tudo que essencialmente não é formal, adversarial ou judicial".[703]

Somente a partir da reformação da proposta pedagógica, notadamente do currículo e da metodologia do ensino-aprendizagem, é que se pode romper com o entrave da educação superior, pois os estudantes de direito precisam não apenas dominar a técnica da mediação, mas, principalmente, incorporar novos valores simbólicos da abordagem consensual. Para que

---

[700] PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Florianópolis: Habitus, 2018.
[701] SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico**: uma abordagem político-educacional. Campinas: Edicamp, 2002, p. 176-177.
[702] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 34.
[703] SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação**: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos. 2008. 285 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, 2008. p. 192.

ocorra a transformação cultural na forma de tratamento dos conflitos, deve-se operacionalizar uma ressignificação educacional em todas as funções jurídicas:

i) o papel do advogado, antes de ajuizador de demandas, precisa, agora, ser o de facilitador da filtragem adequada da causa, explicitando ao seu cliente os benefícios de cada método;
ii) o papel do magistrado, antes, apenas de condutor do processo de modo equidistante dos envolvidos, depende, nesse momento, de promover, a qualquer tempo, a autocomposição;
iii) a inclusão de um novo papel: o do facilitador (mediador) como um auxiliar do juízo para atuar junto às sessões de mediação.

Porém, todos esses novos papéis dependem de uma educação jurídica que valorize não apenas a compreensão de como funciona a técnica da mediação, suas vantagens, desvantagens e condução das sessões, como também e, principalmente, trabalhar segundo os símbolos da abordagem consensual.

Por isso, todas as mencionadas modificações no perfil dos profissionais do direito perpassam, em último grau, pelo próprio objetivo da educação jurídica que, no entanto, até o 2015, permaneceu presa a uma proposta pedagógica de oferta de currículo com base somente em matérias dogmáticas (exemplos: teoria geral do direito, processo civil, direito civil, entre outras, sem o estudo da mediação) e de uma metodologia do ensino baseada na velha aula douta de Coimbra, sem a interação aluno x realidade, tampouco com o treinamento prático das habilidades sociais.

Foi por essa razão que, em 2015, seguindo para 2017[704] e, especificamente em outubro de 2018, houve a aprovação do parecer CNE/CES n. 635/2018, no qual foi feita a revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito pelo CNE, por meio da sua Câmara de Educação Superior (CES), em diálogo com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com a Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi), com a comunidade acadêmica e com as instituições educacionais em geral.[705]

---

[704] Registre-se que, nos anos de 2015 e de 2017 (meses de fevereiro e de julho) foram feitas novas propostas com o objetivo de superar uma série de problemas encontrados na Resolução nº 9 CNE/CSE, cujo parecer culminou na aprovação em definitivo no mês de outubro do ano de 2018.
[705] CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-

No mencionado parecer, houve significativa mudança nos seguintes itens:

i) perfil do egresso: geral, competências e habilidades;
ii) organização curricular;
iii) prática jurídica, para 265orna-los atuais segunda a área de conhecimento, aos requisitos sociais e econômicos dos egressos.

> Consta no parecer que o perfil do egresso deverá assegurar, além da formação geral e humanística, uma capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos [...].[706]
>
> Entre o conjunto de competências e habilidades a serem desenvolvidas no processo de aprendizagem, espera-se, ao menos, um processo de formação jurídica apto: à resolução de problemas e o estudo de caso; demonstrar competência na leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo; desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos; atuar em diferentes instâncias, extrajudiciais, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos.[707]
>
> A grade curricular, embora tenha mantido os três eixos de formação, alterou a formação técnico jurídico fazendo incluir as matérias de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Além disso, as atividades de caráter prático-profissional devem proporcionar ênfase, de modo transversal e permanecente, na metodologia de resolução de problemas. E, por fim, a prática jurídica permanece obrigatória com a implantação e a estrutura do Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ). (grifos do autor)[708]

A acadêmica destacou as expressões que inserem mudanças nas diretrizes curriculares e da metodologia do curso: formas consensuais de composição de conflitos; resolução de problemas e o estudo de caso; compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial; desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos; incluir as matérias de formas consensuais de solução de conflitos. Tais expressões demonstram que os currículos do curso de direito – antes excludentes das disciplinas de meios

---

mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018.

[706] CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018. p. 2. (grifos nossos).

[707] CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs Acesso em: 11 dez. 2018. p. 3. (grifos nossos).

[708] CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018. (grifos do autor).

consensuais – devem, obrigatoriamente, inserir disciplinas sobre os métodos autocompositivos (incluída a mediação) para o desenvolvimento da cultura do diálogo, e a metodologia deve abranger a técnica da resolução baseada em problemas.

No que tange à inclusão dos meios consensuais nos currículos, Garth destaca que a relevância advém não apenas em ensinar os advogados a melhor servirem seus clientes ou reduzir a excessiva litigância, mas, principalmente, para ensinar as limitações do sistema adversarial.[709] Porém, Riskin e Westbrook, ao defenderem a inclusão de disciplinas consensuais como a mediação, vão além da ideia de ensinar as limitações do sistema adversarial, sugerindo um curso básico no primeiro ano do direito, em razão de dois fatores: "i) os meios consensuais estão se expandindo e são o que há de mais moderno no sistema jurídico; ii) tem o condão de modificar a metodologia tradicional baseada somente na lei e dar ênfase à solução de problemas".[710]

Já a mudança da metodologia tradicional das aulas expositivas dialogadas para a metodologia ativa das aulas baseadas em resolução de problemas, pretende que o problema (e não a lei) seja o elemento central da aprendizagem do aluno, isto é, a situação-problema deve preceder a apresentação dos conceitos necessários para sua solução, de modo que os casos são empregados para iniciar, enfocar e motivas a aprendizagem de conteúdo específicos e para promover o desenvolvimento de habilidades e atitudes profissional e socialmente desejáveis.[711]

Desse modo, as alterações no currículo e na metodologia do curso de direito estão em consonância, em partes, com as modificações no modo de se conceber o tratamento dos conflitos proposto desde 2010 pela tríade legislativa. Diz-se em partes porque, deve-se admitir, tais alterações representam uma nova etapa para o ensino do direito, porém o desafio é implementar projetos de cursos que concretizem (tornem realidade), em seu instrumental educativo, os novos apontamentos.

A questão curricular aumentou o número de disciplinas teóricas de formação, em especial tornando obrigatória a matéria sobre as formas consensuais de tratamento dos conflitos,

---

[709] GARTH, Bryan G. **ADR and civil procedure**: a chapter or an organizing theme? 1986. Disponível em https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=facpub. Acesso em: 3 dez. 2018.

[710] RISKIN, Leonardo; WESTBROOK, James E. Integrating dispute resolution into standart first-year courses the Missouri plan. **Journal of Legal Education**, v. 39, p. 509, 1989. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228326684_Integrating_Dispute_Resolution_Into_Standard_First-Year_Courses_The_Missouri_Plan. Acesso em: 3 dez. 2018.

[711] ESCRIVÃO FILHO, Edmundo; RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. Aprendendo com PBL – aprendizagem baseada em problemas: relato de uma experiência em cursos de Engenharia 29 da EESC-USP, 2013. **Minerva**, v. 6, n. 1, p. 23-30, 2009. Disponível em: http://educ.fc.ul.pt/docentes/ichagas/observatorio/Teste/PBL_Filho_Ribeiro.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018.

proporcionando um ensino plurisdisciplinar e formando o profissional do direito para assumir novas funções jurídicas, inclusive a profissão de mediador[712]. Não há, contudo, a previsão do estudo teórico e prático das habilidades sociais que, como mencionado no capítulo três, é um elemento intrínseco à cultura do consenso e, por consequência, indispensável para a formação do contingente profissional sob a lógica do consenso.

Em uma perspectiva cultural do consenso, as competências específicas para o exercício do profissional do direito vão muito além das competências técnicas e instrumentais, assim entendidas como a simples assimilação do conteúdo teórico das formas consensuais (domínio do conjunto dos saberes profissionalizante sobre a mediação), sendo indispensável o domínio dos valores simbólicos, como: receber o poder de decisão e atuar com autonomia, conectar-se com o próximo, saber escutar atentamente e emitir uma linguagem não violenta.

Nesse âmbito, o Parecer CNE/CES n. 635/2018, encaminhado ao Ministério da Educação, por intermédio da Portaria MEC n. 1351/2018, deu azo, em 17 de dezembro de 2018, às novas diretrizes curriculares do curso de direito, pela Resolução CNE/CSE n. 5/2018. Vale ressaltar que as diretrizes curriculares nacionais são as orientações gerais definidas pelo órgão juridicamente competente e devem ser cumpridas pelas instituições de educação superior (IES) na elaboração dos seus projetos pedagógicos dos cursos e currículos plenos. Nesse âmbito, a Resolução CNE/CSE n. 5/2018, fruto de interesses de diversos atores em um país plural e desigual, serviu, entre outras alterações[713], para ampliar o leque de competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, sobretudo por meio do estudo das formas consensuais de tratamentos dos litígios.

Atualmente, no curso de graduação em direito, prioriza-se o estudo dos meios consensuais, razão pela qual foram incluídas a interdisciplinaridade e a articulação de saberes com garantia de conteúdos e atividades que atendam às perspectivas formativas. Para isso, disserta Cerqueira que a boa forma de romper com o conteudismo é utilizar as chamadas

---

[712] Cumpre destacar que, no fim de 2018, o CNJ editou Resolução n. 271, visando a profissionalização do mediador judicial e do conciliador judicial mediante cinco níveis remuneratórios (voluntário, básico, intermediário, avançado e extraordinário) por ora, salvo os tribunais que tenham quadro próprio por meio de concurso público de provas e títulos. Os cinco níveis remuneratórios serão recolhidos pelas partes, preferencialmente em frações iguais, considerando o valor estimado da causa. Para mais informações: http://sdmediar.com.br/site/tabela-remuneracao-mediadores-cnj. Acesso em: 3 dez. 2018.

[713] Embora não sejam objetos de estudo desta tese, convém destacar outras alterações importantes: i) a prática jurídica deve, obrigatoriamente, ser oferecida no núcleo de prática jurídica, mas se permite a realização de convênios, sem que haja o percentual a ser realizado dentre e fora da instituição; ii) o trabalho de curso, as atividades complementares e de extensão obrigatórios; iii) as atividades didático-formativas não obrigatórias. Para mais informações, consultar: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019.

metodologias ativas de aprendizagem, na medida em que o conteúdo passa a ser o mero meio, e não o fim dos estudantes.[714]

Rodrigues esclarece que a Resolução CNE/CSE n. 5/2018, em seu inciso VI, incluiu o desenvolvimento da cultura do diálogo e o uso dos meios consensuais da solução de conflitos para "[...] fomentar novas competências de natureza cognitiva, instrumental e interpessoal, situadas nas perspectivas formativas geral e prático-profissional"[715]. E o autor continua:

> [...] envolve, como elemento central, uma competência preponderantemente interpessoal, a de dialogar. O uso dos meios consensuais de solução dos conflitos pressupõe, necessariamente, o diálogo. Especificamente a cultura do diálogo deve ser vista como tema transversal, sendo trabalhada em todos os componentes curriculares do curso. As atividades e trabalhos em grupo são uma estratégia que pode ser utilizada para desenvolver essa competência, como, também, atividades que envolvam literatura e cinema, trablhando textos e filmes que abordadem essa questão.[716]

Tais orientações, como bem aponta Heiderscheidt, possibilitam uma "[...] compreensão educativa que amplia a visão conteudista e aponta para a perspectiva da integralidade humana, primanda pela formação, mais do que pela informação organizada em disciplinas curriculares"[717].

As mudanças proporcionadas pela resolução estão em consonância com as diretrizes sobre a educação para o século XXI, propostas pela Comissão Internacional da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que apresenta quatro pilares: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser e aprender a viver juntos.[718] Dessa forma, o quarto pilar – aprender a viver juntos – assume conotação do local para o global e será possível de implementar dentro da nova perspectiva cultural do consenso.

---

[714] CERQUEIRA, Daniel Torres de. As novas diretrizes curriculares dos cursos de direito: uma nova oportunidade perdida? *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis. Habitus, 2019. p. 163-212.

[715] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Diretrizes curriculares nacionais do curso de direito: resolução CNE/CSE n. 05/2018 comentada. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 235-306. p. 266.

[716] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Diretrizes curriculares nacionais do curso de direito: resolução CNE/CSE n. 05/2018 comentada. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 235-306. p. 266.

[717] HEIDERSCHEIDT, Iôni. Educação jurídica para a cultura da paz e as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito no Brasil. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 307-322. p. 317.

[718] DELORS, Jacques; EUFRAZIO, José Carlos. A comunidade de base à sociedade mundial. *In*: DELORS, Jacques (ed.). **Educação**: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1996.

No entanto, convém destacar que a resolução não rompe com o imaginário jurídico instituído na cultura da sentença brasileira de que a sensibilidade fere a legalidade. Afinal, houve preocupação apenas com a inclusão da disciplina dos meios consensuais, sem se saber como será distribuída quantitativa e qualitativamente no seu aspecto teórico e prático e, ainda, não houve a inclusão de disciplina específica que aborde e treine os valores simbólicos da cultura do consenso, como autonomia, fraternidade, empoderamento, habilidades sociais, cooperação e diálogo, sem os quais não é possível construir uma cultura do consenso, ao contrário: o que se terá é apenas disciplinas consensuais, mas que permanecem sendo trabalhadas a partir dos símbolos da sentença.

Entende-se a importância da dimensão que gerará a inclusão da disciplina obrigatória de meios consensuais, porém não se pode desconhecer que o parecer perdeu a oportunidade de fazer-se acompanhar de instrumentais educacionais capazes de concretizar eficazmente a incorporação de valores simbólicos da cultura do consenso, por exemplo, privilegiando: os núcleos de práticas jurídicas (não apenas os escritórios modelos de advocacia); as oficinas de sensibilização para estudantes e professores; a capacitação em metodologias específicas para trabalhar o conteúdo da mediação como simulações, *role-play*, observações práticas valendo horas complementares em sessões reais de mediação e, ainda, a inclusão das chamadas clínicas jurídicas, que são experiências híbridas que integram atividades práticas reais ou simuladas e de extensão, sendo, inclusive, segundo Rodrigues, "[...] um espaço privilegiado para concretizar a metodologia ativa da aprendizagem baseada em problema" prevista no parecer.[719]

Além disso, em que pese a mudança na grade curricular seja fundamental para a concretização dos objetivos propostos pelo projeto pedagógico de um curso de direito alinhado com a nova realidade jurídica e com as propostas do parecer, o fato é que sua adequada execução depende, fundamentalmente, de:

i) matérias que compõem cada disciplina;
ii) perfil do corpo docente;
iii) envolvimento consciente dos alunos;

---

[719] RODRIGUES, Horário Wanderlei. Novas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de direito: uma leitura crítica da proposta apresentada pelo CNE, em julho de 2017, no XXVI Encontro Nacional do Conpedi. *In*: GRUBBA, Leilane (org.). **Direito, democracia, desenvolvimento e sustentabilidade**. Coleção: Justiça, democracia e sustentabilidade, v. III. Porto Alegre: FI, 2017. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_e47287dd074a48c2a6120c86feab2507.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018. p. 12.

iv) acompanhamento pedagógico para a efetiva implementação dos objetivos propostos pelo projeto do curso.

Entre esses objetivos, um, em destaque, pode dificultar o funcionamento da nova grade: a estrutura de formação dos docentes, afinal, quem capacitará o capacitador? Lembra Machado que o perfil "[...] conservador do corpo docente, é naturalmente refratário a qualquer tentativa de mudança, sendo verdadeiro obstáculo à implementação de uma grade curricular com perfil avançado e progressista".[720]

Ademais, há limitações e problemas no modo de formação dos capacitadores, pois não se verifica a existência de cursos de capacitação em mediação aberto para os professores de toda comunidade acadêmica, tampouco cursos de pós-graduação possuem a disciplina ou a linha de pesquisa nessa área. Exemplo disso é o curso de mediação judicial, ofertado pela Academia Judicial de Santa Catarina, que apenas abre espaço para seus servidores[721], excluindo aqueles que queiram adquirir tais conhecimentos e formando um nicho de trabalho (micropoder) para uma classe própria (servidores analistas) do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A centralização dos cursos de capacitação ao pessoal técnico do próprio Tribunal de Justiça pouco contribui para a formação jurídica em geral, voltada a quaisquer profissionais do direito e, por consequência, pouco contribui para a transformação cultural que se pretende introduzir na sociedade brasileira, mantendo-se a valorização do próprio Poder Judiciário no tratamento dos conflitos.

Assim, a questão que deverá ser observada, no entanto, a partir de 2019, é a formação continuada de professores para que sejam capacitados a ensinarem dentro desse modelo. Tendo em vista o lapso temporal entre a mudança (fim de 2018) e a defesa dessa tese (início de 2019), não se tem a colheita de dados acerca das mudanças qualitativas e quantitativas na formação de tais professores.

Os apontamentos acima demonstram o que se tem hoje, em termos de diretrizes pedagógicas, a serem implantadas a partir de 2019: um currículo mais aberto e metodologias ativas, embora a transformação da cultura da sentença para cultura do consenso só poderá ser efetivada no Brasil quando for retirado da educação jurídica o foco da autoridade judiciária e

---

[720] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 171.
[721] Exemplo experimentado pela própria acadêmica, que precisou realizar estágio voluntário no Tribunal de Justiça – Vara da Comarca de São José, para conseguir realizar o curso de mediação judicial.

promovido o protagonismo dos envolvidos, o que o parecer do CNE não conseguiu por completo.

A segunda hipótese desta tese, portanto, resta parcialmente comprovada: embora a resolução tenha alterado as matrizes curriculares para incluir a nova disciplina de mediação e metodologias baseadas em resolução de problemas, essas alterações, por si, podem não ser o suficiente para alterar toda uma lógica cultura da sentença. Além disso, perdeu-se a oportunidade de incluir o fator mais importante para modificar a cultura da sentença: o treino em habilidades sociais, que são capazes de empoderar o profissional do direito na autonomia das suas decisões, intrínsecas à base da cultura do consenso.

4.3.2 Entraves simbólicos: a inadequada técnica legislativa brasileira

No sistema jurídico brasileiro, é possível extrair os meios consensuais (mediação) a partir da leitura da tríade legislativa: Resolução n. 125/2010, do CNJ, Lei n. 11.340/2015 – Mediação e Lei n. 11.105/2015 – Código de Processo Civil, que trazem a abordagem da mediação como uma atividade técnica para dar solução mais célere a processos já ajuizados; para desafogar a estrutura carregada de litigiosidade na qual se encontra o Poder Judiciário; para firmar acordo com melhores qualidades aos conflitos. Da interpretação gramatical e sistemática dos mencionados dispositivos legais é possível, em princípio, afirmar que o Sistema Jurídico brasileiro caminha para fomentar uma cultura do consenso. No entanto, embora existam tais previsões legislativas, o que o sistema fez foi incluir entraves à materialização fática da cultura da sentença na medida em que, tecnicamente, empregada de modo inadequado o conceito de mediação para cultura do consenso.

A técnica legislativa escolhida pelo legislador brasileiro apresenta-se como um entrave simbólico da transformação da cultura da sentença para a cultura consensual, na medida em que as qualidades da mediação foram substituídas por processos de judicialização e burocratização das abordagens consensuais (mediação judicial). Nesse sentido, é uma cultura do consenso trabalhada a partir dos símbolos culturais da sentença, ou seja, uma mediação brasileira que continua se apresentando e sendo transmitida simbolicamente com os elementos da sentença, como, por exemplo, ainda ser feita sob o ritual e manto do Poder Judiciário, por meio de um instrumento heterocompositivo (processo judicial) e para chegar, necessariamente, ao acordo.

Isso porque a técnica legislativa[722] empregada pelo legislador brasileiro não apresenta precisão e coesão com o conceito, com os elementos históricos e simbólicos da mediação encontrado em uma cultura do consenso. Genericamente, o que se observa no Sistema Jurídico brasileiro é que a mediação é estritamente institucionalizada no Poder Judiciário, porque a inclusão desse método não se deu a partir de um senso axiológico de justiça, mas teve como pano de fundo desafogar o Poder Judiciário, como uma "alternativa" à ineficiência institucional. Há uma "judicialização" do instituto ao tratá-la especificamente dentro da esfera do Poder Judiciário, não tendo por escopo a prevenção do litígio.

Além disso, a mediação de conflitos é estabelecida como uma simples etapa procedimental no bojo do processo civil, não validando a abordagem consensual como método autônomo para o tratamento dos conflitos. Ainda, a mediação de conflitos serve como uma unidade de segurança jurídica somente quando se chega a um acordo, dando-se ênfase na política quantitativa e de resultados, e não no empoderamento e valorização dos indivíduos do grupo social. Não se reconhece a amplitude das diversas escolas do instituto, notadamente como um meio para facilitar a comunicação interrompida e transformar as relações entre os envolvidos.

Ocorre que a falta de uma adequada técnica legislativa interfere não apenas na qualidade das leis, mas também na própria interpretação do instituto pelos profissionais do sistema jurídico, gerando dificuldades no processo de transmissão do conhecimento, ou seja, perfazendo obstáculos epistemológicos teóricos e institucionais.

Os obstáculos teóricos podem ser reunidos sob a rubrica daquilo que Warat denomina como "saber jurídico acumulado" ou "senso comum teórico dos juristas"[723] que, na mediação, encontram-se presentes quando se associa a mencionada abordagem técnica apenas como meio de resolução dos conflitos no interior do Poder Judiciário, por meio do instrumento do processo civil e, ainda, quando estabelecido o acordo. É um obstáculo teórico criado porque, na cultura do consenso (outros países que não o Brasil), a mediação é compreendida historicamente quando praticada no seio da comunidade, por meio de diversas escolas e quando

---

[722] Técnica legislativa entendida como um conjunto de procedimentos redacionais específicos para redigir normas (leis, resoluções, emendas etc.) que visam a elaboração de um texto que terá repercussão no mundo jurídico. Para mais informações: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/cursodeprocessolegislativotecnicalegislativa.html. Acesso em: 3 dez. 2018.

[723] WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, UFSC, v. 3, n. 5, 1982.

simbolicamente transmitir a plurisdiciplinaridade e as habilidades sociais, conforme demonstrado no terceiro capítulo desta tese.

Nesse âmbito, o conhecimento jurídico (científico) empregado pela técnica legislativa brasileira propõe um saber que seja puro; precisamente, uma mediação que seja feita aos elementos próprios da cultura da sentença: Poder Judiciário, processo judicial e acordo, perfazendo-se, assim, um obstáculo teórico que impede transmitir o real conceito da mediação sob o ângulo da cultura do consenso.

A consequência desse obstáculo teórico (entender a mediação a partir dos elementos da cultura da sentença) é que não são revistos os valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas, ou seja, o pensamento dos juristas não abandona a ideia de que um direito só tem valor quando centrado unicamente em uma organização institucional – afinal, tudo que é crítico, alternativo e subjetivo é incapaz de construir um conhecimento jurídico real. Ocorre que, como visto, a mediação vivenciada pela cultura do consenso valoriza outro estilo de vida jurídico: a realização da autonomia, no lugar da produção de verdades objetivas.

Já os obstáculos institucionais são "[...] encarnados pela rede de órgãos estatais e particulares que tem por função gerar, aplicar e reproduzir o discurso jurídico (legislativo, administração pública, poder judiciário e ensino jurídico"[724] e são observados no modo como a mediação foi inserida pela técnica legislativa. O Poder Judiciário, ao avocar para si a mediação, mantém viva a crença de que é a única instituição ou estrutura capaz de solucionar adequadamente os conflitos e, com isso, perpetua a cultura da sentença.

A mediação institucional, feita pelo Poder Judiciário, não deixa lugar para uma mediação cidadã ou emancipatória, porque ainda permanece sofrendo os influxos dos contra poderes judiciais, operacionalizados e, não raras as vezes, por profissionais sem a devida capacitação. O CNJ e a política legislativa brasileira estabeleceram, nos últimos oito anos, dispositivos de mediação institucional que, a serviço de seus usuários, não encontram ali um lugar de mediação propriamente dito, mas um espaço público onde se quer somente acabar com o conflito, e não um lugar público para reparar laços ou gerenciar rupturas.

Em razão desses breves apontamentos, a terceira hipótese desta tese é: há uma inadequada técnica legislativa no tocante ao tema mediação, o que acaba por transmitir um

---

[724] BRUM, Nilo Bairros. Dificuldades nos processos de transmissão do conhecimento jurídico. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, UFSC, v. 3, n. 5, p. 114-122, 1982. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/49618486_Dificuldades_nos_processos_de_transmissao_do_conhecimento_juridico. p. 115. Acesso em: 3 dez. 2018. p. 114.

conceito equivocado sobre a própria ideia de mediação, gerando obstáculos teóricos e institucionais que impedem os profissionais brasileiros de compreenderem a mediação a partir dos símbolos culturais do consenso.

Assim, o fenômeno de inflação legislativa foi apenas uma tentativa insólita de querer que se modifique a cultura de tratamento dos conflitos por meio tão somente da criação normativa. Seria, de fato, uma ilusão imaginar que a estrutura jurídica de administração da justiça da sociedade brasileira se alteraria automaticamente e ter-se-ia, consequentemente, com a simples edição de novas leis, um meio de tratamento dos conflitos tangenciado pela participação de todos.

Apesar da existência de todo um instrumental legislativo "novo", cuja eficiência depende apenas da sua aplicação, o que se repara é que existem três entraves legislativos que não rompem com o "símbolo" cultural da sentença, porque mantêm a mediação de conflitos sob o prognóstico do Poder Judiciário; como uma etapa da garantia processual e, ainda, como unidade de acordo que lhe confira segurança jurídica, conforme analisa-se nas seções a seguir.

4.3.2.1 A mediação de conflitos "avocada" pelo Poder Judiciário

Muitas são as mediações (judiciais e extrajudiciais) que acabam por contribuir para uma perda de especificidade do termo pois, no senso comum, a mediação aparece como qualquer coisa centrada no "meio de outras coisas" e, no senso jurídico, apesar de ser um termo em voga, parece não haver preocupação com a complexidade dos processos históricos, sociais e econômicos que engendram o seu próprio conceito.

Em consequência da formação cultural da realidade de cada povo, o modo de tratamento dos conflitos pela via compositiva da atividade técnica da mediação se enquadrará de modos distintos. Em uma sociedade como a brasileira, por exemplo, a abordagem da mediação aparece como um "quarto de despejo",[725] que só encontra validade quando praticada dentro do espaço comunitário estatal (mediação judicial).

Atualmente, em pleno processo de "[...] baralhamento de identidades, em que fronteiras sociais e culturais tem uma coincidência cada vez menor",[726] no Brasil, observando-se a forma

---

[725] Expressão utilizada por Jean-François Six para indicar a explosão do uso da mediação que passou a ser reconhecida em todos os lugares. Para mais informações: SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazarethm e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 12.

[726] GEERTZ, C. Os usos da diversidade. *In*: **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 70-71.

de inserção da mediação no país, bem como as razões pelas quais foram as legislações vigentes promulgadas, levanta-se esta terceira hipótese da tese: o país não conseguiu construir categorias jurídicas próprias sobre a atividade técnica da mediação, alicerçando-se naquilo que já estava posto, em grande parte, pela cultura ocidental. Para isso, basta observar o argumento que prevaleceu quando houve a inclusão da mediação no sistema jurídico brasileiro de tratamento dos conflitos: para auxiliar a "ineficiência estrutural do Poder Judiciário", ou seja, as legislações posteriormente trataram apenas de dispor sobre o tema da mediação no espaço judicial para desafogar os altos índices de congestionamento das ações, conforme destacado neste capítulo, na seção 4.1.3.

Assim, os tribunais, estando sobrecarregados de processos, buscaram aliviar seus juízes, permitindo a esses se socorrerem dos auxiliares chamados mediadores. No entanto, parece haver um paradoxo institucionalizado: a mediação, em razão da ineficiência estrutural no Estado, restou avocada pelo Poder Judiciário para contribuir com a diminuição nos altos números de processos, enquanto ela opera, justamente, a partir da própria incapacidade do sistema judiciário em lidar com a esfera psicossocial dos conflitos.

Todavia, fato é que, especificadamente, a Resolução n. 125/2010, do CNJ tomou para si a responsabilidade em priorizar a intervenção de um terceiro neutro no processo de comunicação, dispondo que a política nacional de tratamento adequado tem por objetivo a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente a mediação – no Poder Judiciário e sob a fiscalização desse, e, em última análise, a mudança de mentalidade dos profissionais do direito e da própria comunidade em relação a esses métodos.

Além disso, o planejamento, a manutenção e o aperfeiçoamento de ações voltados ao cumprimento da política pública e de suas metas serão feitos em cada Estado, por intermédio dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) dos tribunais, em parcerias com as entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino, subseções da OAB, defensorias públicas, procuradorias, Ministério Público e Poder Executivo.[727]

Ato contínuo, o CPC vigente tratou de regulamentar a mencionada incumbência ao Poder Judiciário prevendo, ao longo do procedimento judicial, uma etapa para audiência (sessão) de mediação que deve acontecer nos Cejuscs. Conforme descrito pelo próprio CNJ, os

[727] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perguntas frequentes**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018.

Cejuscs são unidades do Poder Judiciário as quais compete, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos que possuem dúvidas e questões jurídicas.[728]

Os Cejuscs devem, necessariamente, abranger três setores:

i) setor pré-processual;
ii) setor processual;
iii) setor de cidadania.

Para funcionarem, devem contar, em sua estrutura, com um juiz coordenador e, eventualmente, com um adjunto, devidamente capacitados. Devem possuir, também, ao menos um servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para triagem e encaminhamento adequado de casos.[729]

Segundo o "Relatório da justiça em números", o número de número de Cejuscs tem crescido ano após ano: em 2014, eram 362; em 2015, a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros; em 2016, o número de unidades aumentou para 808; em 2017, o número chegou a 982, demonstrando a efetividade prática da política pública nacional de tratamento consensual dos conflitos operacionalizada pelo CNJ.[730] No entanto, vale destacar que, à medida que o número de Cejuscs tem crescido, o número de iniciativas (programas) preventivas de mediação extrajudiciais promovidas pelo próprio Poder Judiciário vem se enfraquecendo, como é o caso do programa das "casas de cidadania", no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O que se pode extrair de tais dados é que, como regra, a mediação de conflitos no Brasil ficou centralizada em uma única estrutura: a do Poder Judiciário, pois as sessões devem ocorrer nos Cejuscs, a formação e o treinamento de servidores, conciliadores e mediadores devem

---

[728] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perguntas frequentes**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/85642-como-funcionam-os-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018.

[729] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perguntas frequentes.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/85642-como-funcionam-os-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018.

[730] Números disponibilizados na 14ª edição do Relatório Justiça em Números. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018**.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

ocorrer por meio de um curso na Academia Judicial e, ainda, o acompanhamento estatístico deve ser elaborado pela própria instituição.

No Brasil, valoriza-se a mediação institucional, tal qual aquela instituída por um poder, em detrimento da mediação cidadã, aquela decorrente do fluxo de contrapoder do Estado. O problema reside, no entanto, em integrar, no Sistema Judiciário brasileiro, uma maneira de conceber a mediação quando ela repousa sobre fundamentos e símbolos totalmente diferentes daqueles nos quais os profissionais do direito e os cidadãos estão acostumados a perpetuarem. Precisamente, como descreve Hespanha, o problema está em "[...] como construir uma versão do direito que seja consensual, de uma forma sustentável já que, para ser consensual, ela não poderá pôr em causa a diversidade das narrativas jurídicas setoriais"[731], ou seja, para ser sustentável, a mediação tem que estabelecer um consenso horizontal, e não verticalizado pelo Estado.

A mediação de conflitos no Brasil, embora tenha sido encampada com o objetivo de facilitar e promover a cultura do consenso (do diálogo), é legitimada quando realizada verticalmente sob o manto do maior símbolo da cultura da sentença: o Poder Judiciário. Com isso, a reflexão que fica é que não há como se como alterar a cultura da sentença se a atividade técnica da mediação continua sendo realizada sob a égide do símbolo da sentença. Isso porque a mensagem que está sendo transmitida para os profissionais do direito e, sobretudo, para a população em geral, é que a mediação é uma atividade técnica que somente adquire validade, quando feita por aquela instituição. O que se sabe não é de todo adequado.

É importante a iniciativa feita pelo próprio Poder Judiciário de incluir a mediação como meio de acesso à justiça para o tratamento dos conflitos – afinal, se não houve espaço para a mediação extrajudicial, ficando a mediação limitada ao Poder Judiciário, não se pode desconsiderar, de outro lado, que o CNJ, ao unir toda a prática de mediação, em regra, no Poder Judiciário, retirou-lhe o estigma de "justiça alternativa" ("mecanismo alternativo"), já que não existe senão apenas uma forma de acessar à justiça referência comum a todos.

A crítica reside, no entanto, no fato de que a mediação não deve ser trabalhada somente como uma atividade técnica no bojo daquela instituição (mediação institucional ou judicial), mas também como a possibilidade de as pessoas participarem do processo democrático das decisões (mediação comunitária ou extrajudicial). Não se pode deixar de instigar a mediação comunitária ou extrajudicial, que é "[...] aquela que surge frente à incapacidade estatal de

---

[731] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. Prospectivas do Direito no século XXI. 2016. p. 12.

oferecer uma jurisdição quantitativa e qualitativamente adequada"[732], exercida pelos membros da própria comunidade e possui o objetivo de "[...] desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura política democrática e uma cultura da paz".[733]

Dessa forma, a mediação extrajudicial cumpre duas funções: primeiro, oferece um espaço de reflexão e busca de alternativas na resolução de conflitos nas mais diversas esferas; em segundo lugar, o indivíduo assume um fanho de participação mais ativa na vida política da comunidade.[734] A mediação extrajudicial também atinge o patamar de política pública, porque cumpre programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldados, implantados e avaliados, dirigidos à realização de direito e objetivos relevantes.[735]

O direito não institucionalizado da mediação extrajudicial encontra-se, como aborda Spengler, em um espaço periférico de entidades não governamentais e autossuficientes nascidas em comunidades locais para as quais o cidadão volta-se buscando refúgio diante da incapacidade estatal.[736] Sobre a utilização e aplicação do direito "não oficial" no tratamento dos conflitos, pode-se citar o trabalho realizado por Santos em uma favela do Rio de Janeiro, que o autor intitulou de Pasárgada. Nesse estudo, verificou-se a negociação e aplicação de leis inoficiais no tratamento dos conflitos, sempre feitas mediante um articulador representado pela figura do presidente da associação de bairros.[737]

Partindo daquela pesquisa, pode-se verificar que o espaço comunitário – "[...] o núcleo da constituição de uma ordem jurídica pluralista"[738] – também é capaz de promover consensos estáveis e estabilizadores entre eles. Com isso, as pessoas – juristas ou leigos – parecem tender a procurar o direito "autêntico" em outros lugares, e o Estado tende a deixar de ser considerado, quer como a origem única do direito, quer como a fonte da sua legitimação última.[739]

Mesmo que o Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 125/2010 do CNJ, não tenha excluído a possibilidade de mediação extrajudicial, até porque existem diversas câmaras

---

[732] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012. p. 198.
[733] SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 135.
[734] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.
[735] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
[736] SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.
[737] SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
[738] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. Prospectivas do Direito no século XXI. 2016. p. 13.
[739] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. Prospectivas do direito no século XXI. 2016.

privadas[740], tornou-se evidente que a resposta sólida aos conflitos depende de instituições oficiais. Ocorre que, quando o Estado entra em cena, os recentes trabalhos que etnografam[741] as tentativas de solução consensual na esfera do Poder Judiciário, "[...] atestam que nelas prevalecem condições predominantemente inibidoras do diálogo entre as partes e instigadoras do seu antagonismo"[742], pois, quando um conflito é levado ao tribunal, geralmente fórmulas adversariais o incrementam. Ademais, a literatura sociológica sobre o tema destaca que a mediação judicial estaria mais comprometida com a celeridade e com a diminuição dos processos a cargo dos juízes e, ao mesmo tempo, não passaria de um novo nome para a prática da conciliação.[743]

Do ponto de vista teórico apresentado nesta tese, precisamente no terceiro capítulo, a mediação, qualquer que seja a epistemologia ou ideologia que a sustente, contém em si, uma "[...] orientação transformadora dos indivíduos e das relações entre eles, sustentada em valores positivos como a solidariedade, a participação, compromisso, cooperação, o respeito, criatividade, perseverança, a paciência, a confidencialidade, o diálogo"[744], ou seja, deve ser trabalhada a partir dos símbolos do consenso, quais sejam: empoderamento, alteridade e fraternidade, conhecimento pluridisciplinar com as habilidades sociais e o exercício da cooperação com o resultado satisfatório para ambos participantes.

No caso do exercício da mediação de conflitos brasileira, o primeiro ponto é que ela, embora trabalhada pelos mais diversos doutrinadores, em especial no manual do CNJ, que serve de base para capacitação dos profissionais em diversos cursos pelo país, com os mencionados símbolos, permanece alicerçada no principal elemento da cultura da sentença, fixado no

---

[740] A câmara privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores (art. 175, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Além disso, se pretende atuar incidentalmente a processos judiciais, deve ser credenciada no tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento, a câmara privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Preguntas frequentes**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/camara-privada. Acesso em: 12 dez. 2018.

[741] Exemplos disso são as diversas pesquisas feitas sob a orientação da antropóloga Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer: i) aluna pesquisadora de mestrado no Fórum da Vara Distrital de Parelheiros; ii) aluna pesquisadora de mestrado no Juizado Especial Criminal. Para mais informações: SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Antropologia, direito e mediação no Brasil: um campo dialógico em construção. **Meritum**, Belo Horizonte, UFMG, v. 7, n. 2, p. 31-59, jul/dez. 2012.

[742] SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Antropologia, direito e mediação no Brasil: um campo dialógico em construção. **Meritum**, Belo Horizonte, UFMG, v. 7, n. 2, p. 31-59, jul/dez. 2012. p. 54.

[743] OLIVEIRA, Marcella Beraldo. **Justiças do diálogo**: uma análise da mediação extrajudicial. 2010. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

[744] OLIVEIRA, Ana; FREIRE, Isabel. **Sobre mediação socio-cultural**. Lisboa: Alto Comissariado para imigração de minorias étnicas, 2009. p. 19.

segundo capítulo, qual seja: a crença e a confiança na estrutura do Poder Judiciário e em uma cooperação que não é voluntária, mas reflexo de uma coerção imposta pela instituição que detém poder e autoridade. Lembra Nader que, quando o Poder Judiciário reforça seu papel de pacificador da sociedade, acaba por internalizar a mediação como instrumento tradicional que reproduz crença neste órgão.[745]

O processo de mediação, como sugere Piedade, precisa exigir das pessoas envolvidas uma aprendizagem, uma tomada de consciência sobre a situação vivida e um olhar sobre os princípios norteadores da vida em sociedade que não pode depender apenas de instituições como o Poder Judiciário.[746] Essa aprendizagem depende não apenas dos instrumentos políticos do CNJ, como os Cejuscs, mas de estímulos não judicializados na exercidos pela própria comunidade, para que os cidadãos mudem sua maneira de agir e de pensar.

Assim, enquanto se manterem o estímulo e a prevalência da atividade técnica da mediação no seio das corporações jurídicas oficiais, terá um entrave técnico legislativo à transformação de um modelo de tratamento dos conflitos preponderante da sentença para a solução consensual. Mesmo com a tríade legislativa, o tema da mediação de conflitos permaneceu doméstico e centralizado no Poder Judiciário, perdendo a possibilidade da participação mais alargada e inclusiva dos demais poderes do governo na criação de instrumentos e políticas públicas paralelas ao Poder Judiciário.

Portanto, a terceira hipótese desta tese restou confirmada: a mediação de conflitos no Brasil foi avocada pelo Poder Judiciário, como adoção de um modelo jurídico único endereçado à solução dos problemas institucional e que deixou de lado o estímulo à justiça comunitária como meio de resposta aos conflitos, especialmente aqueles circunscritos a uma determinada comunidade e aos indivíduos que a formam.

4.3.2.2 A mediação de conflitos como etapa procedimental do processo civil

Desde a sociedade primitiva até o Estado contemporâneo, existe um acordo cultural sobre os procedimentos utilizados para julgar os conflitos jurídicos vivenciados pelos sujeitos pertencentes a uma dada localidade, que vão desde os sistemas jurídicos sociais até as normas definidas pelos Estados. Basicamente, existem três modos históricos de tratamento dos conflitos

---

[745] NADER, Laura. **A civilização e seus negociadores**: a harmonia como técnica de pacificação. Conferência de abertura da XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Niterói, ABA/PPGACP-UFF, 1994.
[746] PIEDADE, Bonifácio João Afonso. **Práticas comunitárias de mediação social**: estudo de caso - bairro de Mutauanha Nampula. 2014. 160 f. Tese (Doutorado) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

que refletem a cultura em cujo âmbito se desenvolveram: a autodefesa (autotutela), a autocomposição (incluída a mediação) e a heterocomposição (incluído o processo civil). Elas coexistem ainda hoje, embora não mais, necessariamente, em sua forma eminentemente pura.

Dessa forma, o processo jurisdicional é o "[...] meio de que se serve o Estado para, no exercício da sua função jurisdicional, com a participação das partes e obedecendo ao procedimento, eliminar os conflitos de interesses, solucionando-os".[747] A partir dessa ideia, que será desenvolvida racionalmente, conjugando-se o entendimento de Dinamarco[748] e de Fazzalarri[749], tem-se a compreensão de que todo poder se exerce mediante um procedimento. Processo, portanto, é um instrumento jurídico complexo, materializado pelo contraditório e pela sucessão consecutiva e dialética de atos (procedimento).

A importância da distinção entre processo e procedimento é esclarecida por Rodrigues e Lamy para quem "[...] o processo não corresponde somente aos ritos praticados, mas também a todos os demais conteúdos necessários à solução do litígio".[750] Sem se confundir com as normas procedimentais que lhe dão formato técnico, o processo civil disciplina o exercício de um poder estatal por meio da relação processual em contraditório, das regras do devido processo legal, bem como da busca pela segurança jurídica por meio da sentença e da coisa julgada. Assim, pela imposição do contraditório existente em um processo judicial civil, a autoridade do Estado compõe a lide, cujo símbolo dominante é a valorização do Poder Judiciário pelos cidadãos, o culto à figura da autoridade representativa do juiz, o apego à estrutura silogística da sentença e a linguagem competitiva e na valorização do resultado ganha x perde.

Por outro lado, historicamente, no plano não ocidental, a forma de tratar as controvérsias entre as pessoas ocorre por meio do diálogo e da participação colaborativa de um terceiro (facilitador), denominada autocomposição, cujo principal instrumento de aplicação é a mediação que é, antes de tudo, um instrumento de autonomia dos participantes. Para essa cultura não brasileira, a mediação de conflitos tem como medida o processo construtivo da linguagem na comunicação interrompida e violenta entre os envolvidos, o resgate do diálogo por meio da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) e da empatia (encontro com o outro) e uma dinâmica própria (procedimento técnico) na busca do consenso. Ademais, o

---

[747] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10.
[748] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
[749] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
[750] RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9-10.

símbolo dominante do consenso é alcançado pelo empoderamento individual, pela alteridade e pela fraternidade do ser humano a partir da relação social com o "outro", pelas habilidades sociais transversais e pela valorização da cooperação (colaboração) com o resultado positivo para ambos os participantes.

A partir do mesmo objeto, no caso, as controvérsias, há, então, duas concepções culturais e maneiras bem diferentes de tratá-las: um modo pelo processo civil e a outra forma pela mediação. Pode-se afirmar que ambos os sistemas são autônomos e independentes entre si na forma de tratar com os conflitos jurídicos. Ocorre que não é necessário desempenhar grandes esforços interpretativos para apontar que a quarta hipótese desta tese é a seguinte: o legislador brasileiro, empregando uma inadequada técnica legislativa, inseriu a mediação de conflitos que, se reprise, é autônoma e cooperativa, dentro de um processo de viés eminentemente competitivo (relação processual em contraditório). Se não bastasse isso, ainda converteu a abordagem da mediação de "[...] meio mais adequado para mera etapa processual"[751], ou seja, a impôs em uma etapa procedimentalizada no interior do processo civil.

Um novo código, como é o caso do CPC em 2015, implica mais que a alteração das regras nele expressas: constitui a perspectiva de um novo olhar para os problemas experimentados no antigo regramento. Nesse contexto, percebendo que a fórmula como o Estado lidava com o conflito judicializado não proporcionava resultados eficientes, o legislador repensou o processo civil e incluiu como norma fundamental principiológica a ideia da solução consensual e da cooperação processual.

Previsto no art. 3º, §2º e §3º[752], o princípio da solução consensual é o vetor de mudança de toda lógica processual até então vigente, impondo ao Estado o dever de conduta de promover, sempre que possível, a solução consensual por meio da atividade técnica da conciliação ou da mediação. O referido princípio veio ratificar a política pública nacional de tratamento dos conflitos elaborada, em 2010, pelo CNJ por meio da Resolução n. 125, para quem a solução consensual deve ser estimulada por todos – juízes, advogados, promotores, defensores – e ainda deve ser uma meta do Estado, pois somente em não sendo possível o diálogo ou a cooperação entre as partes é que se deve buscar, como a última razão, a decisão judicial.

---

[751] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 133.

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

Já o princípio da cooperação processual, decorrente do art. 6º do CPC, impõe que todos os sujeitos participantes do processo devem cooperar (processualmente)[753] entre si, apresentando comportamento probo, transparente e de esclarecimentos e, ainda, agindo de modo a evitar vícios que extingam o processo sem análise do mérito. Nesse contexto, o processo civil seria o produto da atividade cooperativa angular (entre o juiz e as partes) para que, juntos, alcancem o resultado satisfatório para o problema.

Dentro desse novo modelo de processo civil, Pinho e Alves explicam que instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes entre si e delas com o juiz, tais como os meios "alternativos" de solução de conflitos, em especial a mediação e a advocacia colaborativa, ganham um significativo espaço e importância para se fortalecerem no ordenamento jurídico.[754]

Todavia, segundo a hipótese desta tese, o que o novo modelo adotado pelo vigente CPC fez foi empregar uma inadequada técnica legislativa e criar um entrave à transformação de um modelo de tratamento dos conflitos de preponderância da sentença para solução consensual, ao incluir a mediação como medida incidental**.** Isso porque, no caso do procedimento comum cível, as tentativas de mediar estão concentradas na audiência de mediação e dependem de a parte requerer e preencher os requisitos essenciais da petição inicial, segundo dispõe o art. 319 e 334 do CPC.[755]

O cenário que se tem hoje é o seguinte: a parte que se sente ameaçada ou lesada no seu direito individual ou coletivo deve buscar o Poder Judiciário e, por meio da petição inicial, indicar seu desejo ou não em participar da sessão de mediação. Ato contínuo, o magistrado recebe a petição inicial e, estando em termos, marca a sessão de mediação e determina a citação do réu para comparecer ao segundo ato do processo. Registre-se que, mesmo que o réu, dez dias antes da audiência, informe seu desinteresse no diálogo, a audiência será mantida, pois,

---

[753] Elpídio Donizetti aponta que a cooperação é composta por deveres processuais e não significa cooperação de direito material (transação) ao esclarecer que "[...] retire da cabeça aquela imagem – falsamente assimilada por alguns com o advento do novo CPC – de juiz, autor e réu andando de mãos dadas pelas ruas e advogado solicitando orientação ao juiz para redigir as peças processuais. Não obstante a apregoada cooperação, no fundo, será cada um por si, o que não impede que a lealdade e a boa-fé imperem nas relações processuais". Para mais informações: DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[754] PINHO, Humberto Dalla Bernardina; ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509924. Acesso em: 13 dez. 2018.

[755] Art. 319: a petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. Art. 334: se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 4º. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

para que o evento não ocorra, ambos os participantes devem declinar o não interesse, expressamente. A mediação de conflitos, nesse sentido, foi inserida:

> i) como objetivo do instrumento do processo civil e ainda convertida;
> ii) em uma instância do procedimento, isto é, em mais um trâmite legal;
> iii) em tese, obrigatória de ocorrer, ferindo o livre consentimento que reluz toda a técnica da mediação.

No tocante aos dois primeiros itens: i) inserida no objetivo do instrumento do processo judicial civil e ii) em uma instância do procedimento, isto é, em mais um trâmite legal, o estranhamento, aponta Filpo, decorre do "[...] fato de que a lógica que instrui a modalidade de mediação, considerada *in natura*, parece bem diferente da lógica que orienta o processo civil"[756]. O mencionado autor é enfático ao indagar:

> [...] como uma técnica tão informal e livre, em que os mediadores são instigados a ser criativos e, cujas sessões não têm prazo certo, pode ser encaixado no âmbito de procedimento formais, engessados, controlados no tempo e coercitivos, como são os processos judiciais?[757]

De fato, razão assiste ao estranhamento do autor, pois, conforme demonstrado nos segundo e terceiro capítulos, existem diferenças consideráveis entre os institutos que são ajustáveis à cultura em que predominam, sobretudo, em razão do processo histórico e simbólico de cada mecanismo. Por imposição do seu próprio modo de ser (sua natureza), o processo civil sofre de natural formalismo, apego à linguagem adversarial e propensão à competitividade (alguém vence com o julgamento procedente do pedido e o outro perde), ao passo que a mediação de conflitos, também pela sua própria natureza, depende da natural informalidade, apego à linguagem não violenta e fases essencialmente colaborativas, razão pela qual, ao menos tecnicamente, os institutos não conseguem dialogar entre si, quiçá conviver um dentro do ambiente do outro.

Corroboram com o mencionado argumento as autoras Mello e Lupetti, para quem o processo judicial brasileiro não comporta o consenso e o diálogo, uma vez que está centrado tanto no princípio quanto na lógica do contraditório, cuja estrutura impede a cooperação das

---

[756] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 137.
[757] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 139.

partes e, consequentemente, as afasta de qualquer possibilidade de entendimento mútuo.[758] Ou seja, a premissa do processo civil brasileiro é estar vinculado ao contraditório das alegações entre as partes como fonte estrutural, podendo obstaculizar a tradição da mediação que, por si, não adota o procedimento em contraditório.

Além disso, em uma cultura não ocidental, o processo de mediação possui um procedimento próprio e peculiar que deve se desenvolver, no mínimo, em seis estágios, variáveis entre diversas sessões e em várias horas. A mediação de conflitos perfaz sucessivos encontros entre as partes para trabalharem a lide sociológico, o que exige um tempo de maturação que não se encaixa no tempo do processo judicial. Ocorre que, no CPC vigente, as etapas da mediação deverão ser desenvolvidas dentro de vinte minutos.[759]

É conclusivo, dessa forma, mais uma vez, que a grande preocupação do legislador estava contida nos números, tanto é assim que a lei priorizou as metas, dividindo a carga pesada de trabalho dos juízes com os auxiliares (mediadores). A mediação levada a efeito para o interior do processo judicial justifica-se intensamente por essa política de metas, celeridade a qualquer custo e pressão por resultados eficientes. Todavia, é discutível introduzir a mediação no processo judicial, porque seu método exige um lapso variável de acordo com cada conflito e sentimento das partes, maior, provavelmente, que 20 minutos, sendo que o processo judicial não dispõe, na atualidade, de todo esse tempo necessário para religar a comunicação interrompida.

As metas nacionais do Poder Judiciário propostas pelo CNJ, em comum acordo com o Departamento de Gestão Estratégica (DGE), servem para democratizar a gestão dos magistrados, mas vão de encontro ao discurso pregado de maior diálogo entre as partes, pois não há tempo para ouvir e ser ouvido dentro do tribunal, afinal "bater recordes é garantir direitos", segundo o próprio lema CNJ, quando da alusão à meta 2.

Quando as metas não são atingidas em uma vara, relata uma juíza,

> [...] o juiz é oficiado pela administração e isso repercute na sua carreira, não vale a pena, para o magistrado, perder tempo tentando conciliar as partes; é preferível

---

[758] MELLO, Kátia Sento Sé Mello; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan./mar. 2011.

[759] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

> sentença, porque é muito mais rápido, a pressão é muito grande para produzir e julgar.[760]

Por mais que se deva considerar as dimensões continentais do país que levam a diferentes locais nos quais a experiência mediação nos Cejuscs é praticada, em nível global existe a pressão por resultados, principalmente porque um alto número de sentenças permite rápida movimentação na carreira de juiz, já que as promoções se dão de acordo com a disponibilidade das vagas e seguem os critérios de merecimento ou antiguidade.

Já no que tange ao terceiro item: iii) a mediação, em tese, obrigatória de ocorrer, ferindo o livre consentimento que reluz toda a técnica da mediação, porque o vigente CPC estabelece que, estando em termos a petição inicial, o juiz marcará a sessão de mediação. A sessão de mediação apenas não acontecerá no caso de ambos os participantes declinarem do feito, ou seja, basta um participante querer que a sessão ocorrerá. Por consequência, uma abordagem como a mediação de conflitos, que é natural e estritamente voluntária, passa a ser obrigatória. Nesse ponto, a técnica legislativa também parece inadequada, pois, como sublinha Giró, a "[...] mediação não é uma questão de força, mas de solicitação livremente aceite"[761].

Se, antes do vigente CPC, as partes recorriam à mediação apenas se desejassem, atualmente, a mediação foi imposta, porque exige-se o recurso à mediação como passo prévio ao litígio. Por um lado, existe a estratégia de que, "forçando" a tentativa de mediação, o "[...] instrumento se tornará popularizado e, desde que avaliada positivamente pelos usuários, ter-se-á alcançado o que a norma pretende: mudança cultural"[762]. De outro norte, no que se refere à mediação de conflitos, nada (recorrer ou submeter) pode ser obrigatório, sob pena de não se dar novamente a cidadão maior autonomia no regulamento de seus litígios.

4.3.2.3 A mediação de conflitos como unidade de acordo

No terceiro capítulo, identificou-se três elementos presentes em qualquer encontro de mediação: as pessoas participantes, o conflito que as afeta e o processo de comunicação interrompido entre elas. A depender da formação do mediador, o modo de condução das sessões se concentrará continuamente em um dos três elementos (na pessoa, no conflito ou na comunicação), enquanto os outros dois pontos terão papéis secundários. Disso decorre a divisão

---

[760] Relato encontrado em: FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016. p. 167.
[761] GIRÓ, J. Psicologia i mediació: els models de mediació i la seva relació amb la psicología. **Revista de Psicologia i Ciencies de Educación**, v. 7, p. 150-176, 2000.
[762] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura da mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008. p. 35.

do campo da mediação em dois modelos: o acordista (mediação direcionada ao acordo) e o transformador (mediação direcionada à relação entre as pessoas).

Conforme delineado no item 3.1.1 do terceiro capítulo, a mediação direcionada ao acordo é representada pela vertente da Escola de Harvard, também conhecida como linear, tradicional ou facilitadora, enquanto a mediação direcionada ao tratamento da relação interpessoal é representada pelas vertentes da mediação transformativa (Bush e Folger), circular narrativa (Coob) e terapia do reencontro ou do amor mediado (Warat).

Embora nas duas classificações os sujeitos conservem todo o poder de decisão, na primeira modalidade (acordo), o que se busca na mediação, aproximando-a da conciliação, é focar no conflito e alcançar como objetivo a celebração do acordo, ao passo que, na segunda classificação (relação das pessoas), o foco está no indivíduo, e não no problema, cujo escopo é conduzir as pessoas para interação entre si, modificando suas relações. São formas diferentes de se conceber a mediação de conflitos, registre-se: todas são válidas e representativas da cultura na qual foi inserida.

Acontece que valorizar o viés acordista da mediação, sem trabalhar com as subjetividades que permeiam o conflito, acaba por gerar, na cultura de tratamento das controvérsias, um *déficit* no empoderamento do cidadão, que não se vê responsabilizado e capacitado para, por si, conduzir os problemas que afetam a sua vida. O modelo de solução de problemas, representa, segundo Torremorell, "[...] uma tendência descontextualizada, porque preconiza uma mediação técnica que se esquece dos componentes artísticos que permitem particulatizar e focar".[763]

Além disso, muitos conflitos surgem exatamente da ausência de reconhecimentos mútuos e da incapacidade de estabelecer uma comunicação saudável e sustentável entre as pessoas, ou seja, o elemento humano deve ocupar o lugar preeminente das abordagens de tratamento das controvérsias.

Assim, é preciso refletir qual modelo de mediação o sistema jurídico brasileiro pretendeu adotar (institucional, emancipatório ou misto), sendo essa distinção importante, porque será um dos fios condutores que permitirá explorar o novo universo da mediação e delimitar se os dois grupos podem coexistir, bem como o que pode ser feito para estimular todas as formas.

---

[763] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura da mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008. p. 49.

Entretanto, a quinta hipótese desta tese é que a mediação empregada pela técnica legislativa brasileira é eminentemente acordista, aproximando-se de uma negociação assistida e afastando-se de valores simbólicos da cultura do consenso como o empoderamento e a autonomia dos cidadãos. Segundo dispõe a redação do §3º do vigente CPC:

> [...] o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifo do autor).[764]

A mensagem que o legislador passa para os profissionais jurídicos e a população é a seguinte: melhorem a comunicação entre as partes, mas, ao final, o que importa é que encontrem soluções consensuais com benefícios mútuos, ou seja, precisam celebrar o acordo. Tanto é assim que a mediação judicial somente terá validade quando o acordo for homologado pelo magistrado como sentença com resolução de mérito e terá força de título executivo judicial (já o acordo revestido das formalidades legais e não homologado pelo juiz terá força de título executivo extrajudicial).[765] Dessa forma, em não havendo acordo, a indicação equivocada na legislação é de que se deixou de operar a mediação.

Ocorre que, se o sistema jurídico de tratamento dos conflitos brasileiro pretendia criar uma atmosfera de mediação que promovesse a equidade na comunicação e nos resultados, não deveria ter sido empregada uma norma de viés apenas acordista, mas sim fomentada a mediação transformadora para conferir centralidade às pessoas, e não ao encerramento do conflito. Isso porque, como visto nos capítulos anteriores, a cultura do consenso pode se basear em uma mediação cuja esfera de aplicação desenvolve habilidades de comunicação para colaborar com a percepção da questão que motiva os participantes, ou seja, o formato de mediação que mais se aproxima da cultura do consenso é o transformativo das relações, porque trabalha com o ser humano em todas as suas potencialidades.

Logo, a legislação no Brasil, ao indicar a mediação como acordo, manteve um entrave na transformação da cultura da sentença em consensual. Ao invés de fomentar o acordo (até porque, para isso, já existe a conciliação), o legislador deveria ter inserido o sentido transformador de mediação, pois, para as pessoas continuarem mantendo as relações

---

[764] BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[765] Art. 487: haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: b) a transação. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

continuadas e preservadas de vizinhança, consumo e laborais, é necessário não apenas encerrar o conflito, mas também fazê-las perceber um modo diferente de se relacionarem.

Fácil perceber, nesse contexto, que a mediação brasileira permanece centrada no símbolo da sentença (acordo), cuja referência ainda depende do juiz. Isso porque, registre-se: o acordo feito durante a sessão de mediação judicial, dependente de homologação por sentença do magistrado[766], significa, mais uma vez, que o Estado detém o poder legal e, em última instância, o monopólio legítimo da decisão. As atenções continuam centradas no juiz, do qual se espera a última palavra, mesmo que seja simplesmente homologatória. Assim, há uma absoluta centralização na condução do tratamento do conflito pela figura do juiz, retirando, em última escala, a possibilidade de as partes decidirem os rumos do seu próprio processo e conferindo às suas próprias decisões o poder.

Outro argumento da mediação de conflitos, como unidade de acordo afastando-a da mediação emancipadora enquanto um dos possíveis instrumentos da cultura do consenso, é a política quantitativa, em uma busca eficiente por resultados. Se tomar como fundamento a análise econômica do modo como a mediação foi incorporada pelo sistema brasileiro, percebe-se que ela serve para "[...] reforçar e desenvolver formas de conciliação, principalmente para garantir maior eficiência de todo o aparato do Poder Judiciário".[767]

Assim, o ponto central pelo qual perpassa o Poder Judiciário na atualidade reside justamente na ineficiência desse órgão, frente ao inovador grau de tarefas atribuídas, tendo em vista a desproporção entre a procura pelos serviços judiciais e a oferta dos recursos disponíveis. Desse modo, o empenho na "promoção da cultura do consenso", por meio da mediação baseada no acordo, estimulada pelo Poder Judiciário, serve para assegurar uma prestação jurisdicional eficaz e que "preste contas" numéricas para sociedade, notadamente, com a aplicação do princípio constitucional da eficiência (quantificação com menor custo).

Vale lembrar o lema adotado pelo CNJ para uma campanha veiculada há alguns anos, alusiva à meta 2 (julgar todos os processos judiciais distribuídos em 1º e 2º graus até 31/12/2005): "bater recordes é garantir direitos"[768], o qual dá um tom de produtividade. No

---

[766] Determina o art. 487 do Código de Processo Civil que haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: b) a transação. BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

[767] PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional no 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 29-50, fev. 2001. p. 50.

[768] Campanha disponível em: http://www.editorajc.com.br/o-papel-institucional-do-cnj-e-sua-consolidacao. Acesso em: 25 jul. 2019. p. 1.

entanto, bater recordes nos acordos não necessariamente garante os direitos das pessoas (no sentido real e fático do problema). Os efeitos desse tipo de iniciativa (política de metas) não são compatíveis com a cultura do consenso que demanda tempo, pois podem ser vários os números de encontros para que se possa melhorar a comunicação e o diálogo.

Nessa perspectiva, já é possível perceber os efeitos negativos da pressão por resultado, pois, segundo o relato do trabalho etnográfico de Filpo junto ao Fórum Central da Capital do Rio de Janeiro, já existe a metodologia denominada Siga (Sistema Integrado de Gestão) para auferir os dados qualitativos no número de acordos e, consequentemente, na extinção de processos[769]. Essa "otimização" dos resultados apenas mostra, na prática, os números obtidos, e não a "humanização" da disputa ou o estímulo a compreensão recíproca maior.

A mediação, ao permanecer intrínseca ao acordo, mostra-se como um possível entrave na transformação da cultura jurídica de brasileira de tratamento dos conflitos, pois a pressão por resultados que disso pode advir (número de acordos) e transformar o Poder Judiciário em uma organização de grande "empresa", permanecendo presente os símbolos da cultura da sentença, em especial na crença no Poder Judiciário em validar (em números de acordos) as decisões das pessoas.

4.3.3 Transplante jurídico de institutos: a mediação à brasileira

Afirmou-se, ao longo desta tese, que os mecanismos de tratamento dos conflitos refletem a cultura em cujo âmbito se desenvolvem. Nesse sentido, na cultura da sentença, o mecanismo delineado opera a partir do processo judicial cível; já na cultura do consenso, o instrumento reflete a atividade técnica da mediação de conflitos. Para compreender a peculiaridade de cada método de administração das controvérsias, é preciso entender, também, tanto a sua história quanto, simultaneamente, a forma simbólica como o sistema alicerça e amplifica a cultura, ou seja, "[...] a prática de resolução de conflitos será melhor entendida quando virmos como ela funciona simbólica e funcionalmente"[770].

Nesse âmbito, como os litígios são encontrados em todas as sociedades, determinar um meio efetivo para lidar com eles é uma tarefa socialmente relevante, de modo que, para a cultura da sentença, faz sentido a heterocomposição e o uso do processo judicial pela autoridade do

---

[769] FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial discursos e práticas**. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016.
[770] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

magistrado, segundo a legitimação e o poder do órgão do Poder Judiciário. Para a "outra", a cultura do consenso, a autocomposição pelo uso da mediação entre as partes é motivada pela história que os circunda.

Não há, todavia, uma maneira "correta" de administração dos conflitos. Existe apenas aquela que é "[...] resultado de escolhas conscientes e inconscientes feita nos limites do conhecimento, das crenças e da estrutura social disponíveis".[771] Tanto é assim que, em um sentido macro, os resultados do ICJBrasil, produzidos pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, reforçam a imagem de uma população que utiliza o processo judicial muito mais em razão de um costume sedimentado (que leva em conta a informação que dispõe sobre os meios disponíveis para administrar os conflitos, o custo, a facilidade de acesso etc.) do que propriamente de confiabilidade ou de reconhecimento de mérito do Poder Judiciário – ao passo que a pesquisa da acadêmica Corrêa, na Comarca de Bom Retiro, no estado de Santa Catarina, mostra que os entrevistados confiam no Poder Judiciário (ampla maioria – 97,2%)[772]. Conclui a pesquisadora que existe predisposição dos residentes no município de Bom Retiro para a resolução de impasses dessa natureza pela via do consenso.

Nota-se os diversos aspectos dentro de um mesmo Brasil: em uma forma contingencial ampla, a população não confia no Poder Judiciário, embora o procure para solucionar seus problemas ao passado que, em um aspecto contingencial menor, a população confia no Poder Judiciário, mas prefere buscar meios alternativos de solução para seus conflitos. Dessa forma, um sistema jurídico não é "estático", porém "dinâmico" e sempre capaz de sofrer "influências externas"[773] e, não raras vezes, ocorre a tentativa de uma cultura jurídica absorver conteúdos normativos de outra uma cultura, naquilo que tecnicamente se denomina como "transplante jurídico".

Segundo o dicionário "Oxford English", a palavra transplantar significa "remover e reposicionar", "transportar ou remover para outro lugar", "transportar para outro país ou local de residência". "Transplante", então, implica deslocamento (transferir algo de um lugar ou contexto para outro).[774] Um bom exemplo dessa abordagem é oferecido por Watson, que

---

[771] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.
[772] CORRÊA, Iara Cristina. **O contraponto "cultura da sentença versus cultura do consenso"**: uma análise a partir da ótica do jurisdicionado sobre a preponderância da resolução dos conflitos jurídicos cíveis por meio da sentença judicial na Comarca de Bom Retiro/SC. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.
[773] DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003. p. 7.
[774] DICIONÁRIO Oxford Advanced Learner's Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1990.

escreve “transplantes jurídicos”, referindo-se “à mudança de uma regra [...] de um país para outro, ou de um povo para outro”.[775]

Em termos de práticas de resolução dos conflitos, pode-se visualizar que, atualmente, o transplante jurídico é o fenômeno que se manifesta no Brasil. Isso porque, por questões históricas (formação e educação jurídica dos seus cidadãos), o Brasil optou pela cultura da sentença, valorizando a heterocomposição e o mecanismo do processo judicial para tratar os conflitos, mas, por encontrar dificuldades numéricas em gerenciar os altos índices de ações que tramitam no Poder Judiciário, decidiu “abraçar” o discurso dos meios consensuais, em especial a mediação, como uma cultura a ser transformada pelo Estado, pelos cidadãos e pelos profissionais de direito.

O transplante jurídico funciona deslocando uma regra, uma norma e seus respectivos símbolos de um sistema para o outro que o absorve, ou seja, “[...] uma regra recebe o seu significado de fora alguém aceita esse investimento de significado por uma comunidade interpretativa”.[776] Não obstante, qualquer proposta que envolva o empréstimo de procedimentos de outra sociedade deveria incitar uma análise cultural, pois será que a abordagem da tomada de empréstimo funcionará em uma nova moldura social?[777] Afinal, processos que têm sucesso em certo lugar poderão falhar em sociedades que detenham valores culturais, políticos, sociológicos, históricos, antropológicos, linguísticos, psicológicos e econômicos diversos. A tomar emprestado de Legrand, “[...] cada manifestação do Direito – cada regra, por exemplo – deve ser percebida como um fato social total daquele País”.[778]

Na base dessa questão e considerando que esse novo procedimento impacta a sociedade que os adota, a tese examina se a sociedade brasileira se encontra preparada culturalmente para receber a mediação ou se esse “transplante jurídico” ou “colagem” apresenta assimetrias valorativas entre a cultura jurídica local e a importada, fazendo com que a mediação se torne um corpo estranho na cultura jurídica brasileira.

---

[775] WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative literature. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. p. 21.
[776] LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantes jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito**, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, p. 1-21, 2014. p. 9.
[777] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
[778] LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantes jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito**, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, p. 1-21, 2014.

A crença e as bases que unem a coletividade brasileira, em um sentido macro,[779] estão fixadas nos elementos estruturantes da cultura da sentença, cuja peculiaridade depende do modelo formal de resolução dos conflitos por meio do processo civil, incluindo a compreensão dos seus rituais e símbolos.

O que, então, está sendo deslocado? Quis o CNJ e o legislador brasileiro transferir, de outros contextos jurídicos, para cá, a mediação e os símbolos pertencentes a cultura jurídica do consenso. E o que efetivamente deslocou? Apenas transplantou o termo jurídico (fechado) de mediação, sem incluir os valores e os símbolos daquela cultura do consenso, razão pela qual, no Brasil, pode-se afirmar que existe uma espécie de "jabuticaba"[780], nesta tese, denominada, de mediação à brasileira, porque é uma mediação "transplantada" da cultura do consenso, mas trabalhada à luz dos símbolos da sentença.

O que se extrai do movimento de transplante jurídico das normas de tratamento dos conflitos é que a estrutura do sistema jurídico brasileiro permaneceu a mesma (Poder Judiciário, processo civil e magistrado) para recepcionar a mediação. Essa noção indica que a cultura jurídica brasileira está transmitindo os mesmos valores, as mesmas crenças e os mesmos símbolos que sempre estruturaram amplamente as opções de acesso à justiça no Brasil. A mediação praticada pela instituição do Poder Judiciário, no bojo do *iter* procedimental do processo civil e, proveniente do acordo homologado pelo magistrado, desempenha um papel no processo contínuo de manutenção e reafirmação da prática heterocompositiva, especialmente àquele relacionado à autoridade e à epistemologia do direito.

O fato de incluir o "termo técnico de mediação" e produzir todo um movimento de aceitação do modelo autocompositivo e a decisão judicial como a última *ratio* não tem o condão, por si, de quebrar ou transformar a cultura jurídica brasileira, sobretudo quando

---

[779] Reafirma-se o sentido macro desta tese, baseado na pesquisa do ICJBrasil, produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito SP), que demonstra que a população brasileira, embora tenha um índice baixo de confiabilidade na instituição do Poder Judiciário, ainda prefere procurá-lo para resolver seus conflitos. Entretanto, não se pode esquecer de que a pesquisa da acadêmica Corrêa, em uma Comarca pequena do interior de Santa Cataria, aponta uma tendência diferente de comportamento das pessoas em relação aos conflitos jurídicos, notadamente porque nessa comarca as pessoas convivem e se conhecem: "[...] existe uma percepção da importância de administrar os conflitos por meio do acordo já que são pessoas que continuarão mantendo relações continuadas de vizinhança, consumo, laborais, amizade etc. no dia a dia". CORRÊA, Iara Cristina. **O contraponto "cultura da sentença versus cultura do consenso"**: uma análise a partir da ótica do jurisdicionado sobre a preponderância da resolução dos conflitos jurídicos cíveis por meio da sentença judicial na Comarca de Bom Retiro/SC. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 80-85.

[780] Dado que a fruta é nativa do Brasil, a palavra "jabuticaba" tem sido usada como metáfora para algo que só exista ou que só aconteça no Brasil - especialmente com referência a alguma particularidade do marco político-institucional do país ou do comportamento de agentes públicos brasileiros. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Jabuticaba#cite_note-17. Acesso em: 18 dez. 2018.

presentes entraves educacionais em nível superior e obstáculos de inadequada técnica legislativa. Para adquirir *status* de uma mediação em conformidade com a cultura do consenso, era preciso "importar" mais que o termo jurídico. Se a história de uma cultura não pudesse ser transmitida para outra cultura, porque é intrínseca a cada país, era preciso, ao menos, importar também a participação nas práticas simbólicas para que, então, a mediação se tornasse referência aos cidadãos e aos profissionais jurídicos brasileiros.

Ainda que existam autores que defendam: "[...] ao atravessar a fronteira de uma cultura para outra, a regra original sofre, necessariamente uma mudança, impossibilitando a ocorrência do fenômeno do transplante jurídico"[781], fato é que o "transplante" promove consequências no solo no qual atua. Seu desfecho é, de regra, incerto, mas seus atributos são capazes de apontar, claramente, que existem diferenças entre a mediação brasileira e a mediação própria da cultura do consenso que, como destacadas nesta tese, corroboram para ideia de manutenção ou, no máximo suavização, da cultura da sentença.

4.3.4 Propostas: ações para a superação dos entraves históricos e simbólicos

Entre o mundo da norma (do dever ser – medição de conflitos planejada como símbolo da cultura do consenso) e o mundo dos fatos (do ser – processo cível como símbolo predominante da cultura da sentença), existe um abismo tamanho que demonstra a existência de entraves históricos e simbólicos que podem dificultar a transformação da cultura jurídica brasileira da sentença em cultura do consenso. O objetivo desta tese, portanto, foi apontar os possíveis embaraços à materialização fática da cultura jurídica do consenso, notadamente considerando que se avista uma cultura consensual trabalhada, sobretudo, a partir dos símbolos da sentença.

Como se percebe, o assunto desta tese não foi propositivo, mas, se o problema (entrave) existe, por qual motivo não pensar em soluções para horizontes futuros, ou seja, por qual motivo não contribuir "[...] descontruindo-se, desaprendendo-se e repensando-se a própria cultura, aproveitando a polivalência das situações conflituosas e da nossa diversidade, reformulando e redefinindo a atual realidade"[782]? A reforma do pensamento com ações concretas favorece o

---

[781] Nesse sentido, o texto de Pierre Legrand é taxativo. LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantes jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito**, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, p. 1-21, 2014. p. 8.

[782] TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Porto: Porto, 2008. p. 86.

sentido de responsabilidade, cidadania inclusiva e, sobretudo, direciona-se mais para o centro com a comunidade.

Esse espírito de cultura do consenso, ainda por construir, precisa, hoje, mais do que nunca, de ações e medidas que se aproximem das pessoas "comuns". Manter a mediação apenas no "mundo" jurídico é restringir a informação e o conhecimento para reproduzir e manter viva a cultura da sentença. Isso porque a transformação de uma cultura é sempre um processo sem completude ou momento derradeiro, tendo em vista que, para mudar um sistema cultural, os valores, os símbolos e as crenças devem ser compartilhados de maneira ampla na comunidade para as presentes e futuras gerações.

Nesse âmbito, todo processo de transformação cultural depende, primeiramente, de estranhar-se o que está sendo vivenciado para, depois, criarem-se estratégias e ações efetivas. Esse processo depende de tempo, ou seja, da atuação do tempo como elemento poderoso até sobre quem não tem consciência dele. Segundo Freitas, mudança cultural "[...] não é um processo simples, não é barato e não se faz sem provocar alguns traumas como consequência".[783] No mesmo sentido, Pettigrew afirma que é possível, sim, gerenciar a cultura e, em consequência, mudá-la, mas atribui uma grande dificuldade à tarefa. Para ele, é mais fácil ajustar as manifestações da cultura do que mudar o núcleo de crenças e os pressupostos básicos da organização.[784]

Como recorda Chase, crianças deverão ser "[...] educadas ou civilizadas a partir desta nova cultura e a crença e a adesão a ela devem ser garantidas ao longo de toda a vida"[785]. A orientação, portanto, é que, para existir mudança cultural nos meios de tratamento dos conflitos, as pessoas precisam tomar conhecimento da cultura do consenso; depois, devem entender o seu significado; por último, devem internalizar (sustentar como adequados e verdadeiros) os mecanismos pertencentes a ela. Daí porque, prospectivamente, algumas ideias e estratégias podem ser aderidas para auxiliar em um maior desenvolvimento ou uma divulgação (popularização) maior dos métodos consensuais.

Para superação dos entraves históricos de natureza educacional, destacam-se as seguintes medidas:

---

[783] FREITAS, Maria Ester de. **Cultura organizacional** – formação, tipologias e impacto. São Paulo: Makron, 1991. p. 115.
[784] PETTIGREW, Andrew M. **A cultura das organizações é administrável?** São Paulo: Makron, 1989.
[785] CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons. p. 172.

i) se as escolas de direito, como lembra Adorno, foram criadas para atender às necessidades da burocracia de um Estado nacional em emergências e, por isso, o ensino jurídico privilegiou a formação política em lugar da exclusivamente jurídica[786], hoje, tais escolas devem atender às mudanças da Resolução CNE/CSE n. 5/2018 e preparar o aluno para formar uma cultura da paz, como defende Heiderscheidt.[787] Entretanto, a formação para a cultura da paz pressupõe, primeiramente, em formar o próprio formador, já que "[...] todo o empenho pela qualidade e transformação na educação perpassa, obrigatoriamente, pela figura do professor"[788] e, para isso, é preciso investir na formação do docente. Desse modo, a principal ação estratégica para ultrapassar o entrave da educação é investir no próprio formador (seja no professor de nível básico, seja no professor de nível superior do curso de direito).

ii) ações como: oportunizar a promoção da educação voltada aos professores e aos estudantes do ensino básico de escolas públicas e privadas; participação do docente em cursos de capacitação, formação e reciclagem com uma maior carga horária; estágios docentes que abranjam também o professor de ensino superior; novo critério de avaliação dos professores que considere a formação docente para o ensino; formação continuada de professores de forma remunerada; premiar, como mérito acadêmico, as contribuições internas e externas com ênfase na prevenção e no enfrentamento dos conflitos; instituir comissão de mediação e transformação de conflitos internos no nas escolas e no ensino superior.[789]

A partir do momento que o formador estiver preparado para atuar nesse novo modelo consensual, ele deverá empregar também novas metodologias de ensino, tais como:

---

[786] ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

[787] HEIDERSCHEIDT, Iôni. Educação jurídica para a cultura da paz e as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito no Brasil. RODRIGUES, Horácio Wanderley. (org.). *In:* **Educação urídica no século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do direito de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019.

[788] HEIDERSCHEIDT, Iôni. **Educação jurídica para a cultura de paz nos cursos de direito no Brasil contemporâneo**. 2018. 167 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018. p. 119.

[789] HEIDERSCHEIDT, Iôni. **Educação jurídica para a cultura de paz nos cursos de direito no Brasil contemporâneo**. 2018. 167 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

> a) no lugar da pedagogia vertical, centrista e verbal do docente (e locuções magistrais dos lentes catedráticos), o interesse pelas propostas lúcidas interativas, dinâmicas e alternativas de ensino/aprendizagem do Direito;
> b) no lugar de grades curriculares centradas no exclusivismo da ciência do direito, a incorporação de novas disciplinas capazes de despertar habilidades diversas no operador do Direito (Criatividade, Informática Jurídica, Psicologia da Negociação, Estudos da Realidade Brasileira);
> c) no lugar de conteúdo programático enfocados na especialização temática, e no exclusivo metodológico, a interdisciplinaridade dos saberes jurídicos, inclusive entre teoria e prática;
> d) no lugar das metodologias de ensino formais (exposição, leitura de código, etc.), abertura de campos para a invasão de novas metodologias que priorizam a ação e a interação (Internet, PowerPoint, cursos a distância, laboratório de prática jurídica interativo, atendimento à população, prestação de serviços jurídicos à sociedade, ações de cidadania, projetos de discussão grupal, pesquisas institucionais, convênios de cidadania com órgãos públicos, monografias etc.);
> e) no lugar de cursos-padrão, centrado no positivismo jurídico, maior aderência do curso às peculiaridades regionais, locais (urbanas ou rurais), bem como às necessidades profissionais, ao mercado de trabalho e às condições socioeconômicas específicas; etc.[790]

Essas novas metodologias ativas de aprendizagem devem ser aplicadas tanto pelo professor da educação básica quanto pelo professor do ensino superior em direito, pois o processo de mudança cultural é circular: estrutura-se a visão de mundo durante a fase da educação básica e, com isso, orientam-se as ações dos alunos já na fase adulta do ensino superior.

Tendo em vista que os sujeitos se tornam autônomos ao longo da vida, devem ser inspirados, desde a mais tenra idade, por sua própria criatividade, a caminharem em outro ritmo, de modo que a experiência da educação, já na escola, é capaz de orientar a ação individual para outras situações da vida.

Já no tocante à superação dos entraves simbólicos de natureza legislativa, deve-se enviar mensagens aos cidadãos e aos profissionais do direito de que existe uma aproximação da mediação com a comunidade, e que o consenso pode ser encontrado e feito não apenas no âmbito do Poder Judiciário. Para isso, pode-se fazer uso dos seguintes instrumentos:

i) mídias sociais: desenvolvimento de programas de televisão, rádio e, hoje em dia, sobretudo, *marketing* nas redes sociais. Não se pode ignorar que a maior parte da população mundial, nela incluída a brasileira, está conectada à internet, razão pela qual promover a cultura do consenso por meio do uso de mídias é uma forma direta e personalizada de se comunicar com o público. Usando o sistema de gestão de

---

[790] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O ensino jurídico na pós-modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 10-11.

conteúdo, isto é, canais digitais (*blogs*, *sites*, motores de busca e *e-mails*), ocorre a produção, edição e publicação de conteúdo no ambiente *on-line*, fazendo com que as pessoas tenham mais acesso ao material das características e dos princípios da mediação, o que possibilitaria um processo social de construção de uma concepção emancipadora dos meios consensuais, e não apenas como uma medida institucionalizada pelo Poder Judiciário. O grande fluxo de comunicação que a *web* proporciona hoje, favorece estratégias ágeis e de otimização de tempo, as quais podem contribuir com o processo de mudança cultural no tratamento dos litígios, principalmente porque, por meio da internet, há uma interatividade e uma aproximação entre o cidadão e os meios consensuais. O foco de uma campanha publicitária sobre os meios consensuais está na experiência do cidadão conhecer de "perto" os meios consensuais e, por consequência, passar a confiar neles, aumentando a opinião e a indicação para outras pessoas com apenas alguns cliques;

ii) investimentos em programas comunitários, a exemplos daqueles que já foram executados e tiveram sucesso, tais como: a) projeto de extensão denominado Ação de Direito Humanos e Cultura Popular, no Centro Educacional Regional São Lucas, de inciativa do Centro de Ciência Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, e coordenado pelo Prof. Dr. Ildemar Egger. Na época, os estudantes e professores desenvolveram o trabalho de divulgação dos meios consensuais junto ao local de internação de adolescentes autores de atos infracionais.[791] Tal iniciativa pode ser replicada a outras instituições públicas e privadas com crianças, adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade; b) Programa conhecido como a Casa da Cidadania, criado pela Resolução n. 02/2001 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina, colocando-se como um serviço que oferece uma justiça mais próxima, rápida e humana ao cidadão, gerando uma cultura de democracia participativa e tendo a conciliação e a mediação como procedimento adequado para resolver conflitos, amistosa e cooperativamente.[792] Tal programa pode ser replicado e desenvolvido por instituições privadas e públicas, a fim de aproximar a justiça e os meios consensuais do cidadão.

---

[791] Para consultar os pontos positivos e negativos do projeto: EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008b.

[792] Informações disponíveis em: https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/casa-da-cidadania. Acesso em 5 out. 2019.

Portanto, se os processos de tratamento dos conflitos são, em grande medida, um reflexo da cultura na qual estão inseridos, as mencionadas sugestões (ações estratégicas) podem servir como práticas institucionais para influenciar a superação dos entraves históricos simbólicos da cultura da mediação à brasileira.

5 CONCLUSÃO

Ao longo desta tese, em especial, no segundo capítulo, delimitou-se que a história de uma sociedade influencia a formação cultural do seu povo (a cultura depende da história de um povo), o que, por consequência, resulta na formação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. O método de administração dos conflitos jurídicos é, portanto, um reflexo da cultura a qual se pertence e, nesse sentido, tanto a cultura da sentença quanto a cultura do consenso são fatos históricos e simbólicos que refletem a maneira como um determinado país trata preponderante seus conflitos.

Nesse sentido, malgradas as expressões "cultura da sentença e cultura do consenso (ou do diálogo)" sejam amplamente reconhecidas e mencionadas pelos juristas, fato é que não se tem, ao menos teoricamente, a descrição de quais são os elementos que a constituem. Dessa forma, um dos objetivos específicos desta tese, constantes, respectivamente, nos capítulos segundo e terceiro, foi adjetivar e definir o sentido teórico de ambas as expressões (sentença e consenso).

Assim, conforme descrito no segundo capítulo, a cultura jurídica interna adquire a qualidade de sentença, porque é baseada, historicamente, na heterocomposição para o tratamento das controvérsias, cujo sistema é organizado, essencialmente, pelos seguintes elementos

a) jurisdição contenciosa, ação e o processo judicial cível;
b) relação processual em contraditório, regras do devido processo legal e sentença como expressão da função estatal de solucionar o litígio;
c) segurança jurídica por meio da sentença e da coisa julgada;
d) a composição da lide pela imposição da sentença com *status* de imutável e indiscutível.

Além disso, toda a cultura jurídica da sentença é fundamentada em um sistema de símbolos dominantemente composto pela/por:

a) valorização do Poder Judiciário pelos cidadãos;
b) culto à figura da autoridade representativa do juiz;

c) prestação jurisdicional alicerçada na dogmática jurídica com apego à estrutura silogística da sentença, emprego da subsunção do fato à norma e ato de julgar como um procedimento técnico e formal;
d) linguagem competitiva e a valorização do resultado ganha x perde.

Em paralelo, no terceiro capítulo, a cultura jurídica interna passa a adquirir a qualidade de consenso no momento que é fundada no modelo autocompositivo de tratamento dos conflitos, cujo sistema é organizado, essencialmente, pelos seguintes elementos:

a) processo construtivo da linguagem;
b) resgate do diálogo por meio da escuta atenta (ativa, sensível ou com total atenção) e da empatia (encontro com o outro);
c) dinâmica do procedimento técnico da medição e busca pelo consenso;
d) ferramentas (técnicas) aplicadas pelo facilitador na relação horizontal entre os participantes da mediação.

Ademais, toda cultura jurídica do consenso entre os envolvidos é fundamentada em um sistema de símbolos, cujos valores dominantes são:

a) empoderamento individual;
b) alteridade e fraternidade do ser humano a partir da relação social com o "outro";
c) habilidades sociais transversais;
d) valorização da cooperação (colaboração) com o resultado positivo para ambos os participantes.

A partir dessas premissas, foi possível relacionar, no quarto capítulo, a variedade de procedimentos culturais com o contexto histórico da realidade cultural jurídica brasileira. Convém ressaltar que o entendimento acerca dos componentes integrantes da cultura jurídica brasileira de gestão dos conflitos não significou, a par das reconhecidas demais culturas e diversidades culturais internas existentes, alicerçá-la como a "melhor ou a pior cultura jurídica", principalmente considerando que "[...] os modelos de solução dos conflitos adotados pelo Brasil

foram praticamente todos herdados do arsenal da cultura jurídica portuguesa"[793]. O que se pretendeu foi apenas estabelecer um "padrão discursivo" de quais são os valores que integram a historicidade e a simbologia dos métodos de tratamento dos conflitos efetivamente aceitos no Brasil e que dão azo à formação da sua cultura jurídica enquadrada como de sentença.

Como um país pertencente a uma cultura ocidental, no Brasil a busca pela solução de um conflito assume natureza contenciosa, inscrita por uma ação judicial e subscrita pela garantia do processo como método oferecido pelo Poder Judiciário, com intuito de obter um documento revestido do poder coercitivo do Estado: a sentença. Uma das formas encontradas pelos indivíduos e pelos grupos para administrarem seus conflitos está alicerçada no disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, cuja redação estabelece que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será afastada do Poder Judiciário. Tal dispositivo destaca o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o qual se tornou a via tradicional de tratamento dos conflitos jurídicos no Brasil, ou seja, o processo judicial (jurisdição estatal).

A via heterocompositiva é aquela em que um terceiro designado pelo Estado (juiz) tem o poder de decidir sobre o conflito, por meio de uma decisão adjudicada (sentença judicial), em uma lógica de parte vencedora e de parte vencida. A predominância no sistema de justiça brasileiro do referido modelo fez surgir a "cultura da sentença", em que a sentença judicial é o reflexo do modo pelo qual que os cidadãos e os profissionais do direito no Brasil, nesse momento, procuram administrar suas diferenças. Por consequência, a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, aqui definida conforme a já mencionada na expressão de Watanabe, "cultura da sentença", é um fato histórico e simbólico que reflete a forma como o país tratou preponderantemente a gestão dos conflitos jurídicos.

Todavia, a cultura jurídica da sentença manifestada, intensamente, ao longo do desenvolvimento histórico do país, causou, na sociedade brasileira, a existência de um Poder Judiciário ineficiente na sua prestação jurisdicional. Tal situação deu origem ao aumento significativo no número das demandas, na judicialização da política, na morosidade e na hiperlitigiosidade da prestação jurisdicional e, em razão disso, para o fim de dar respostas céleres, efetivas e razoáveis às controvérsias dos cidadãos, todo o sistema de administração da justiça brasileiro passou a ser repensado.

---

[793] FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, UFMG, v. 98, p. 257-294, 2008. p. 263. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/76/74. Acesso em: 4 ago. 2019.

A tríade (Resolução n. 125/2010, do CNJ, Lei de Mediação e o vigente Código de Processo Civil) visa transformar a cultura da sentença em solução consensual e, por consequência, sinalizar ao cidadão e ao profissional do direito que o sistema de administração da justiça brasileiro é eclético e plural na coexistência harmônica e de multiportas quanto aos vários mecanismos para o tratamento dos conflitos. A partir disso, ficou claro que a legislação brasileira contemporânea tentou introduzir uma mudança no modelo cultural de tratamento dos conflitos jurídicos.

Feito esse breve resumo conclusivo, a percepção final em relação à evolução da abordagem da mediação de conflitos e os entraves para consolidação de uma cultura jurídica do consenso abrange três pontos:

i) os sistemas de tratamento dos conflitos em cada cultura funcionam como uma dialética de tese, antítese e síntese;
ii) a impossibilidade de substituição de uma cultura por outra;
iii) o transplante mal empregado pela técnica legislativa brasileira.

Explica-se:

No primeiro ponto: i) os sistemas de tratamento dos conflitos em cada cultura funcionam como uma dialética. De Heráclito a Hegel, passando por Platão, Sócrates e Aristóteles, a ideia de dialética sofreu inúmeras mutações. Nenhuma, contudo, tão radical quanto a proposta de Marx. Enquanto um referencial explicativo da realidade, adquiriu notoriedade com o idealismo de Hegel, relacionando-se à construção de uma nova filosofia do ser. Mais tarde, foi incorporada pelo marxismo, o que faz com que até hoje seja fortemente vinculada ao projeto político do socialismo.[794]

No entanto, é possível afirmar que a base de toda dialética é um sistema de compreensão da realidade em contradição, frente a um movimento no qual o antecedente se supera e conserva no precedente, transformando-se, imediatamente, em um novo antecedente, a ser novamente superado e conservado e, assim por diante, em um ciclo inesgotável. Como tal, é o fenômeno que ficou evidenciado na apresentação de cada cultura com sua correspondente forma de tratamento dos conflitos.

---

[794] Resumo explicativo encontrado em: HAUSER, Vanessa. **Jornalismo, retórica e dialética**: incursões teóricas. 2012. 148 f. Dissertação (Mestrado em Jornalismo) – Programa de Pós-Graduação em Jornalismo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

De um lado, tem-se a cultura da sentença com seus componentes e símbolos, contrariando os elementos e a simbologia pertencentes à cultura do consenso, ambas em um movimento (na tese, chamado de transplante), feito pelo legislador brasileiro que chega a uma síntese: a mediação brasileira admitida entre o pensamento de heterocomposição e autocomposição, dentro de um mesmo sistema jurídico (híbrido) de tratamento dos conflitos.

No que tange à segunda consideração: ii) impossibilidade de substituição de uma cultura por outra, diverge-se de Watanabe, que declara acreditar: "[...] a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação"[795]. Justifica-se: o diálogo e o consenso não são valores historicamente e simbolicamente cultuados pelos brasileiros (ao menos em sentido macro)[796], tampouco pelos juristas brasileiros quando do tratamento dos seus conflitos, tanto que ainda permanecem entraves à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual que, enquanto não superados, não permitem que a cultura do litígio seja substituída, mas, no máximo, enfraquecida.

Acrescentam-se a esses argumentos que as hipóteses preliminares desta tese foram parcialmente comprovadas. Fixou-se como resposta inicial que a educação, em todos os seus níveis, desde o ensino básico até o ensino superior, não contempla currículos e metodologias que capacitem o ser humano na busca de símbolos do consenso.

Não há preocupação com o eixo programático curricular visando disciplinas que desenvolvam o caráter humano ou que trabalhem com o desenvolvimento das competências ou habilidades sociais. As matérias giram em torno da capacitação teórica de disciplinas básicas, sem qualquer preparo do ser humano para conviver com as diferenças, tampouco para administrar de forma diferente os conflitos.

A falta de uma história educacional em nível humano (formação responsável do sujeito), que valorize a sensibilidade e a alteridade e que seja comprometida "para o centro que se sente", com a linguagem dos afetos, da empatia e da conexão, é o que contribui para a consolidação do primeiro entrave à modificação cultural que se pretende realizar no sistema de administração da justiça brasileiro.

---

[795] WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10.

[796] Reafirma-se o sentido macro desta tese, fundamentado na pesquisa do ICJBrasil, produzido pela Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas (Direito SP), que demonstra que a população brasileira, embora tenha um índice baixo de confiabilidade na instituição do Poder Judiciário, ainda prefere procurá-lo para resolver seus conflitos, em detrimento do sentido micro apresentado pela pesquisa da acadêmica Corrêa, na Comarca de Bom Retiro, que aponta uma tendência diferente de comportamento das pessoas em relação ao conflitos jurídicos.

Entretanto, tal hipótese ficou parcialmente comprovada, porque as normas estabelecidas pela BNCC contemplam, em seus textos, a ideia central da tese: a importância de se trabalhar no contexto educacional as relações interpessoais e as habilidades sociais (competências segundo o termo empregado pela BNCC) necessárias para o fomento de cidadãos que compreendem os valores simbólicos do consenso. Assim, a educação em nível básico (ensino fundamental e médio) prevê que se desenvolvam nos jovens as competências para adquirirem os valores simbólicos da cultura do consenso, em especial o diálogo, a empatia e a cooperação.

Também ficou parcialmente comprovada a hipótese da educação superior jurídica, porque as recentes alterações no currículo e na metodologia do curso de direito estão em consonância, em partes, com as modificações no modo de se conceber o tratamento dos conflitos. A resolução alterou as matrizes curriculares para incluir a nova disciplina de meios consensuais e as metodologias baseadas em resolução de problema, as quais vão ao encontro do modo de se perceber a cultura do consenso, embora não incluiu o treino em habilidades sociais, que também é um importante um símbolo do diálogo e do consenso.

Por fim, quanto ao item iii), transplante mal-empregado pela técnica legislativa brasileira, a mensagem repassada pela técnica legislativa é que, no Brasil, apenas tem-se uma mediação parcial, institucionalizada e fechada, comprovando integralmente as hipóteses iniciais.

O CNJ e a política legislativa brasileira, nos últimos oito anos, acrescentaram dispositivos de mediação institucional. Ocorre que seus usuários não encontram ali, no Poder Judiciário, um lugar de mediação de conflitos propriamente dito, segundo as bases e os símbolos da cultura do consenso, mas sim um lugar para manter a hegemonia do Poder Judiciário. A mediação no Brasil foi institucionalizada, feita pelo Poder Judiciário, que não deixa espaço para a mediação cidadã, porque ainda permanece dependente da iniciativa institucional.

A terceira hipótese desta tese foi confirmada: a mediação de conflitos no Brasil avocou-se pelo Poder Judiciário, como adoção de um modelo jurídico único endereçado à solução da ineficiência institucional e que deixou de lado o estímulo à justiça comunitária como meio de resposta aos conflitos, especialmente aqueles circunscritos a uma determinada comunidade e aos indivíduos que a formam.

Além disso, na cultura jurídica brasileira, a mediação foi transplantada somente como uma questão de resolução de conflitos, e não como um trabalho constante de transformação das relações sociais entre as pessoas, como uma medida para reparação dos laços afetivos, tampouco como gerenciamento das rupturas sociais. Isso faz com que haja uma tendência de a mediação ser compreendida (equivocadamente) pelos usuários e profissionais como uma etapa

procedimental do processo civil. Contudo, o processo civil e a mediação de conflitos são mecanismos de tratamento dos conflitos diametralmente opostos, razão pela qual o mergulho de uma atividade técnica (mediação) em outro método (processo) faz com que a mediação perca sua essência de horizontalidade.

Dessa forma, a quarta hipótese também foi confirmada: ao ser inserida no CPC, a mediação de conflitos foi convertida em uma instância do procedimento, isto é, em mais um trâmite legal (etapa do procedimento) e, em regra, obrigatória de ocorrer, ferindo o livre consentimento que reluz toda a técnica da mediação.

Por último, no Brasil, optou-se por uma teoria da mediação "fechada", apenas como meio de resolução dos conflitos, que só é alcançada quando se chega a um acordo, destoando da cultura do consenso, que vê a mediação como espaço comunicacional das relações em um futuro incerto.

Por tudo isso, crê-se que a mensagem que o legislador está transmitindo para os profissionais jurídicos e para os cidadãos é que a mediação de conflitos foi levada a efeito pelo Poder Judiciário para o interior do processo judicial, apenas por questões de ordem política de metas, celeridade a qualquer custo e pressão por resultados eficientes, e não por absorção dos valores simbólicos da cultura do consenso. Por isso, dificilmente a transformação por completa ocorrerá.

A transformação de uma cultura jurídica não é tarefa fácil, afinal, é preciso identificar, em cada contexto histórico, a origem dos comportamentos dos atores sociais, no sentido de dar continuidade na reprodução do modelo que se busca transformar. Assim, somente retirando os mencionados entraves que dão origem às mensagens equivocadas sobre a "jabuticaba" da mediação brasileira é que o ideal da crescente pacificação se tornará, quem sabe, um marco utópico cada vez mais realizável. Quem sabe...!

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dantas. **As diretrizes curriculares e o desenvolvimento das habilidades e competências nos cursos de direito**: o exemplo privilegiado da assessoria jurídica popular. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32421-39149-1-PB.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadão no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008.

ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa**: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Flávio Portela Lopes. **Democracia e constitucionalismo**: perspectivas metodológicas a partir da Teoria dos Jogos. São Paulo: Instituto Comportamento Evolução e Direito, 2005.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. Highton; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

ALVES, Lincoln Máximo. **A arte de fazer perguntas**. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/183582290/A-Arte-de-Fazer-Perguntas-Lincoln-Maximo. Acesso em: 7 set. 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Magistratura alternativa**: o Poder Judiciário como instrumento modificador das relações sociais de poder. 1992. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Direito a direito**. v. I. 2. ed. Curitiba: JM, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites no Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, UFSC, v. 9, n. 1, p. 11-14, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rk/v9n1/a01v9n1.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. A mediação como experiência moral na pós-modernidade: reflexões ao desenvolvimento de uma política pública**.** *In*: FAGUNDÉZ, Paulo Roney; GOULART, Juliana Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica (org.). **Mediação como política pública**. Florianópolis: EMais, 2018.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. São Paulo: Moderna, 1993.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução, introdução e notas: Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

ARRUDA, Ney Alves. **Educação jurídica e razão comunicativa**: em busca de uma teorização para a sala de aula. 1997. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Eduardo Lima. **Ensino jurídico e sociedade**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. 2. ed. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Gestor Nacional da Conciliação: 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 22 out. 2018.

BAGGIO, Antonio Maria. Introdução. *In*: BAGGIO, Antonio Maria (org). **Reflexões para a vida pública**: a cultura da fraternidade e a política. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2007.

BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princíopio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. v. 1.

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan./abr. 2012.

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. **Redes**, Santa Cruz do Sul, v. 11, n. 2, p. 77-93, maio/ago. 2006.

BARBIER, René. Escuta sensível na formação de profissionais de saúde. *In*: CONFERÊNCIA NA ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS DA SAÚDE – FEPECS – SES-GDF, 2002, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.barbier-rd.nom.fr/ESCUTASENSIVEL.PDF. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARRETO, Tobias. Estudos de direito. *In*: BARRETO, Luiz Antonio (org.). **Obras completas**. Brasília: Gráfica Alvorada, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaios sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BERLO, David K. **O processo de comunicação**. Tradução: Jorge Arnaldo Fortes. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1972.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1973.

BERTACHINI, Luciana. Comunicação de más notícias no processo terapêutico: o desafio de dialogar com sensibilidade a verdade dos fatos. *In*: BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (org.). **Encanto e responsabilidade no cuidado da vida**: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011. p. 103-126.

BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis. **Introdução à ciência social**. São Paulo: USP, 1972.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri: Manole, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O ensino jurídico na pós-modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

BOHM, David. **Diálogo**: comunicação e redes de convivência. São Paulo: Palas Athena, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTELHO, José Francisco. **Vida simples**. São Paulo: Abril, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRANDÃO, Fabrício dos Reis. **Coisa julgada**. São Paulo: MP, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 13 nov. 2018. Art. 22.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Exposição de Motivos**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Resolução n. 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Recomendação n. 50/2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

BRUM, Nilo Bairros. Dificuldades nos processos de transmissão do conhecimento jurídico. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, UFSC, v. 3, n. 5, p. 114-122, 1982. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/49618486_Dificuldades_nos_processos_de_transmissao_do_conhecimento_juridico. p. 115. Acesso em: 3 dez. 2018.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Tradução, introdução e notas por Newton Aquiles Von Zuben. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BULO, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSH, Baruch A. Roberta; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. 2. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2004.

CABALLO, Vicente E. **Manual de técnicas de terapia e modificação do comportamento**. São Paulo: Santos, 1996.

CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. 1. reimp. São Paulo: Santos, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 4.827/1998**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158. Acesso em: 13 out. 2019.

CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos; CAMINO, Leôncio; LEYENS, Jacques-Philippe. Julgamento moral, emoção e empatia. *In*: TRINDADE, Zeidi Araujo; CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos (ed.). **Cognição social e juízo moral** (Coletâneas da ANPEPP). Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Psicologia, 1996. p. 109-135.

CANOTILHO José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPELLARI, Marcos Alexandre. **O discurso da contracultura no Brasil**: o *underground* através de Luiz Carlos Maciel. 2007. 248 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, USP, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: LEJUS, 2000.

CERQUEIRA, Daniel Torres de. As novas diretrizes curriculares dos cursos de direito: uma nova oportunidade perdida? *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis. Habitus, 2019. p. 163-212.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. Crítica y emancipación. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales**, Buenos Aires, Clacso, ano 1, n. 1, p. 53-76, jun. 2008. p. 55. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf. Acesso em: 24 mar. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paola Capitanio. v. I. Campinas: Bookseller, 2000.

CLIFFORD. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perguntas frequentes**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloíze da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. Pensando o direito no século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004**. 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs. Acesso em: 11 dez. 2018.

COOB, S. Einsteinian practice and Newtoian discourse: Ethical crisis in mediation. **Negotiation Journal**, 1991, p. 87-102.

CORRÊA, Carmen Izaura Molina. **Habilidades sociais e educação**: programa de intervenção para professores de uma escola pública. 2008. 140 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2008.

CORRÊA, Iara Cristina. **O contraponto "cultura da sentença versus cultura do consenso"**: uma análise a partir da ótica do jurisdicionado sobre a preponderância da resolução dos conflitos jurídicos cíveis por meio da sentença judicial na Comarca de Bom Retiro/SC. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008.

COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza**. A resposta correta**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

D`AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 10. ed. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DANIELSKI, Silvia Regina. **Mediação judicial**: um diálogo entre direito e afeto. Florianópolis: EMais, 2018.

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIS, Mark H. **A Multidimensional approach to individual differences in empathy**. Disponível em: http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ICS/GNC/ArtigosGNC/AlexandreCastroCaldas/24_Da80.pdf. Acesso em: 21 ago. 2018.

DAVIS, Morton D. **Teoria dos jogos** – uma introdução não técnica. Tradução: Leonidas Hezenberg. São Paulo: Cultrix, 1973.

DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. Habilidades sociais e educação: pesquisa e atuação em psicologia escolar / educacional. *In*: DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. (org.). **Psicologia escolar e educacional, saúde e qualidade de vida**: explorando fronteiras. 2 ed. Campinas: Alínea, 2003.

DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. Treinamento de habilidades sociais na escola: o método vivencial e a participação do professor. *In*: BANDEIRA, Mariana; DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda (org.). **Estudos sobre habilidades sociais e relacionamento interpessoal.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. **Psicologia das habilidades sociais na infância**: teoria e prática. Petrópolis: Vozes, 2013.

DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. **Competência social e habilidades sociais**: manual teórico-prático. Petrópolis: Vozes, 2017.

DEL PRETTE, Zilda A. P.; DEL PRETTE, Almir. Habilidades sociais: uma área em desenvolvimento. **Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 2, p. 233-255, 1996.

DELORS, Jacques; EUFRAZIO, José Carlos. A comunidade de base à sociedade mundial. *In*: DELORS, Jacques (ed.). **Educação**: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1996.

DICIONÁRIO Oxford Advanced Learner's Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1990.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DURKHEIM, Émile. **Educación y sociología**. Buenos Aires: Shapire, 1973.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 1. 9. ed. 2. imp. São Paulo: Ática, 2000.

EGGER, Ildemar. **Mediação comunitária popular**: uma proposta para além da conflitologia. Florianópolis: UFSC, 2008a.

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008b.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Volume 1: uma história dos costumes. Tradução: Ruy Jungmann. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005.

ESCRIVÃO FILHO, Edmundo; RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. Aprendendo com PBL – aprendizagem baseada em problemas: relato de uma experiência em cursos de Engenharia 29 da EESC-USP, 2013. **Minerva**, v. 6, n. 1, p. 23-30, 2009. Disponível em: http://educ.fc.ul.pt/docentes/ichagas/observatorio/Teste/PBL_Filho_Ribeiro.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e da conciliação**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242941/000939980.pdf?sequence=3. Acesso em: 8 out. 2018.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney. A crise no ensino jurídico. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Ensino jurídico**: para que(m)?. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

FALCONE, Eliane Mary de Oliveira. Grupos. *In*: RANGÉ, Bernard. **Psicoterapia comportamental e cognitiva:** pesquisa prática, aplicações e problemas. Campinas: Psy, 1995.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria geral do garantismo penal. São Paulo: Revista do Tribunal, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo I. v. 4. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial discursos e práticas**. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016.

FIRHT, Raymond. Estrutura e organização social. *In*: CASTRO, Celso. **Textos básicos de antropologia** – cem anos de tradição: Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflitos sin litigio. Cidade do México: Limusa, 1996.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para emancipação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011.

FOLGER, Joseph P. A evolução e avaliação da mediação no Brasil: questões chave para analisar o projeto e a implementação da prática. *In:* BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Cultura jurídica. **Carta Forense**, 4 jul. 2007. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cultura-juridica/818. Acesso em: 1 ago. 2017.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, t. I, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, UFMG, v. 98, p. 257-294, 2008. p. 236. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/76/74. Acesso em: 4 ago. 2019.

FONTGALLAND, Rebeca Cavalcante; MOREIRA, Virginia. Da empatia à compreensão empática: evolução do conceito no pensamento de Carl Rogers. **Memorandum**, Belo Horizonte; Ribeirão Preto, UFMG; USP, v. 23, p. 32-56, out. 2012. Disponível em: https://seer.ufmg.br/index.php/memorandum/article/view/9341. Acesso em: 21 ago. 2018.

FORMIGA, Nilton S. Os jovens e o reconhecimento da empatia: análise descritiva da reatividade interpessoal em jovens de diferentes contextos sociais. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 75-82, jan./jun. 2013.

FOSTER, G. M. **Las culturas tradicionales y los câmbios técnicos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

FRANÇA, Vera R. Veiga. Comunicação e cultura: relações reflexivas em segundo grau. *In*: MARCHIORI, Marlene (org.). **Comunicação em interface com a cultura**. São Caetano do Sul: Difusão, 2013. p. 89-99.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREITAS, Marcos Cezar; BICCAS, Maurilane de Souza. **Biblioteca básica da história da educação brasileira**: história social da educação no Brasil (1926-1996). São Paulo: Cortez, 2009.

FREITAS, Maria Ester de. **Cultura organizacional** – formação, tipologias e impacto. São Paulo: Makron, 1991. p. 115.

FREUD, Sigmund. As perspectivas futuras da terapia psicanalítica. *In*: FREUD, Sigmund. **Edição standard das obras psicológicas completas**: volume XI. Tradução: Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969 [1910].

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Tradução: Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madri: Ministerio de Defensa; Secretaría General Técnica; D. L., 1995.

FRIEDMANN, J. **Empowement**: uma política de desenvolvimento alternativo. Celta: Oeiras, 1996.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. 1° semestre de 2017. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 ago. 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário**: condições necessárias para institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GAMA, Zacarias. **A elite do atraso e a Base Nacional Curricular Comum (BNCC)**. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/01/16/elite-do-atraso-e-base-nacional-curricular-comum-bncc. Acesso em: 13 nov. 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARTH, Bryan G. **ADR and civil procedure**: a chapter or an organizing theme? 1986. Disponível em

https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=facpub. Acesso em: 3 dez. 2018.

GEERTZ, C. Os usos da diversidade. *In*: **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 70-71.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIRÓ, J. Psicologia i mediació: els models de mediació i la seva relació amb la psicología. **Revista de Psicologia i Ciencies de Educación**, v. 7, p. 150-176, 2000.

GIRÓ, Jordi. La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa. *In*: GIRÓ, J. **Educación Social**, 2008.

GOLDMAN, Márcio. **Alguma antropologia**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 2015.

GOUVEIA, Valdiney V.; CLEMENTE, Miguel; VÁSQUEZ, Miguel Ángel Vidal. España desde dentro: el individualismo y el colectivismo como rasgos diferenciadores de las comunidades autónomas. **Sociedad y Utopia**: revista de ciencias sociales, n. 11, p. 167-179, maio 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out. 2014.

GUITTET, André; AMADO, Guilles. **A dinâmica da comunicação nos grupos**. Tradução: Ana Lúcia T. Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

GUZZO, R. S. L. Saúde psicológica, sucesso escolar e eficácia da escola: desafios do novo milênio para a psicologia escolar. *In*: DEL PRETTE, Zilda A. P. (org.). **Psicologia escolar e educacional, saúde e qualidade de vida**. 2 ed. Campinas: Alínea, 2003.

HAUSER, Vanessa. **Jornalismo, retórica e dialética**: incursões teóricas. 2012. 148 f. Dissertação (Mestrado em Jornalismo) – Programa de Pós-Graduação em Jornalismo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

HEIDERSCHEIDT, Iôni. **Educação jurídica para a cultura de paz nos cursos de direito no Brasil contemporâneo**. 2018. 167 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

HEIDERSCHEIDT, Iôni. Educação jurídica para a cultura da paz e as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito no Brasil. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 307-322.

HERSKOVITS, Melville J. **Antropologia cultural**: man and is works. São Paulo: Mestre Jou, 1963.

HESPANHA, Manuel António. **Cultura jurídica europeia**. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. Prospectivas do Direito no século XXI. 2016.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque (org). **História geral da civilização brasileira**: tomo II – o Brasil monárquico. v. 5. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

HOLLANDA, Aurelio Buarque. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

JAQUES, Alexandre. **Técnicas irresistíveis para convencer e influenciar pessoas**: manual prático de programação neurolinguística. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2002.

KAHN, J. S. **El concepto de cultura**: textos fundamentales. Barcelona: Anagrama, 1975.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLUCZNY, Johann W.; TEIXEIRA, Elson A. **Programação neurolinguistica**: guia básico para pessoas e empresas. São Paulo: Makron Books, 1996.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. Tradução: Marie-Agnès Chauvel. 13. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 24. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LASSWELL, Harold. A estrutura e a função da comunicação na sociedade. *In*: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. São Paulo: Companhia Nacional, 1948.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantes jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito**, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, p. 1-21, 2014.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto, Anísio Meinerz, Jussemar da Silva, Luiz Pedro Wagner, Magali Mendes de Menezes, Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 2012.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Mário Ezequiel de Moura. **Apontamentos constitucionais do princípio da celeridade processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008.

LIMA, Renira Lisboa de Moura. **O ensino da educação**: como se faz um resumo. 3. ed. rev. e amp. Maceió: UFAL, 2004.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. *In*: SALLES, Carlos Alberto (org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUBICH, Chiara. **Ideal e luz**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2002.

LYRA, Roberto Filho. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACKAY, Ian. **Aprendendo a perguntar**. Tradução: Márcia Cruz Nóbea Leme. São Paulo: Nobel, 2001.

MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. Stersi dos. **Considerações sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos em Santa Catarina**. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50de294b9d4987a3. Acesso em: 26 nov. 2018.

MAHER, Charles A.; ZINS, Joseph E. (ed.). **Psychoeducational interventions in the school**. Nova York: Pergamon Press, 1987.

MALDONADO, Maria Tereza; GARNER, Alan. **A arte da conversa e do convívio**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANSI, Viviane Regina. **Comunicação, diálogo e compreensão nas organizações**: narrativas de liderança. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Programa de Programa de Mestrado em Comunicação, Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2014. Disponível em: https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/12/VIVIANE-REGINA-MANSI.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

MAQUINÉ, Gilmara Oliveira; AZEVEDO, Rosa Oliveira Marins. Competências na formação de professores: da LDB à BNCC. **Reves** – Revista Relações Sociais, Viçosa, UFV, v. 1, n. 1, p. 111-120, 2018.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf. Acesso em: 31 mar. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Renato Francisco Rodrigues; GUTIERREZ Gustavo Luis. **Ações cooperativas e competitivas e as relações interpessoais no mercado de trabalho**. p. 31-46. Disponível em: https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/fadiga_cap3.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.

MARTINS, Carlos Benedito. **O que é sociologia**. Coleção primeiros passados. 38. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATURANA, R. Humberto. **De máquinas e seres vivos** – autopoiesis: a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MAZZA, Sidney. **A comunicação empreendedora**: como gerenciar conflitos no ambiente do trabalho. Porto Alegre: Nova Prova, 1996.

MEIRELES, Manuel. **Ferramentas administrativas para identificar observar e analisar problemas**: organizações com foco no cliente. Série excelência empresarial. Coleção Sapientia. v. II. São Paulo: Arte & Ciência, 2001.

MELLO, Kátia Sento Sé Mello; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no Judiciário: dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan./mar. 2011.

MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 120-123, jul./set. 2009.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MINICUCCI, Agostinho. **Relações humanas**: psicologia das relações interpessoais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-227, jun. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONDOLFO, Rodolfo. **Sócrates**. Buenos Aires: Eudeba, sem data.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Tradução brasileira. 2. ed. Brasília: UnB, 1995.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução: Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000.

MOURA, Marcelo de Souza. Judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI: aspectos práticos da democratização do acesso à justiça e ao direito. **RJurFA7**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 69-83, jan./jun. 2016.

MUNUERA GÓMEZ, Pilar Munuera. El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. **Portularia**, Huelva, Universidade de Huelva, v. VII, n. 1-2, p. 85-106, 2007, ISSN 1578-0236. Disponível em: https://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf. Acesso em: 5 maio 2018.

NADER, Laura. **A civilização e seus negociadores**: a harmonia como técnica de pacificação. Conferência de abertura da XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Niterói, ABA/PPGACP-UFF, 1994.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2008.

NATAL, Mariane; PAMPLONA Danielle Anne. A intervenção política do Poder Judiciário em políticas públicas: a judicialização da política seu impacto na democracia. *In*: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da legitimidade e eficiácia da prestação jurisdicional no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2018.

NICOLESCU, Basarab. **Um novo tipo de conhecimento** – transdisciplinaridade. Educação e transdisciplinaridade. Brasília: Unesco, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Frammenti postumi 1887-1888**. Milão: Adelphi, 1971.

NOÉ, Alberto. A relação educação e sociedade: os fatores sociais que intervém no processo educativo. **Revista Avaliação**, Campinas, Unicamp, ano 5, n. 3, v. 17, p. 21-26, set. 2000. Disponível em: http://antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=243. Acesso em: 14 nov. 2018.

OLIVEIRA, Ana; FREIRE, Isabel. **Sobre mediação socio-cultural**. Lisboa: Alto Comissariado para imigração de minorias étnicas, 2009.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo. **Justiças do diálogo**: uma análise da mediação extrajudicial. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

PALMIERI, Marilícia Witzler Antunes; BRANCO, Angela Uchoa. Cooperação, competição e individualismo em uma perspectiva sociocultural construtivista. **Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, UFRGS, v. 17, n. 2, p. 189-198, 2004. p. 192. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/prc/v17n2/22471.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.

PASOLD, Luiz Cesar. **Personalidade e comunicação**. São Paulo: Chiado, 2017.

PAULO, Ana Margarida Ferreira de Matos. **O *feedback* como ferramenta do líder nos processos de comunicação interna**: estudo do caso da Termalistur E.E.M. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciência Sociais da Comunicação, Universidade do Minho, 2012. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/23290. Acesso em: 29 ago. 2018.

PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à comunicação não violenta (CNV): reflexões sobre fundamentos e método. *In*: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012.

PELLEGRINI, Elizabete. **Não cause, concilie**: os sentidos das práticas de conciliação em um centro judiciário de solução de conflitos e cidadania em Campinas – SP. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?** Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Habitus: Florianópolis, 2018.

PERRENOUD, Philippe. **Dez novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PESTANA, E; PÁSCOA, A. **Dicionário breve de psicologia**. Lisboa: Presença, 2002.

PETTIGREW, Andrew M. **A cultura das organizações é administrável?** São Paulo: Makron, 1989.

PIEDADE, Bonifácio João Afonso. **Práticas comunitárias de mediação social**: estudo de caso - bairro de Mutauanha Nampula. 2014. 160 f. Tese (Doutorado) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional no 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 29-50, fev. 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação no direito brasileiro**: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.academia.edu/32226099/O_MARCO_LEGAL_DA_MEDIAC_A_O_NO_BRASIL_-_Atualiza%C3%A7%C3%A3o_em_2016. Acesso em: 23 out. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509924. Acesso em: 13 dez. 2018.

PLATÃO, T. **Diálogos**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: UFPA, 2001.

PLENTZ, Samuel Sebben. **Taxonomia para técnicas criativas aplicadas ao processo de projeto**. 2011. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Design, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA. **Casa da Cidadania**. Florianópolis, 2019. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/casa-da-cidadania. Acesso em: 5 out. 2019.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REGO, Arménio. **Comunicação pessoal e organizacional**: teoria e prática. 2. ed. Lisboa: Sílabo, 2010.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2004.

REY, Fernando Luís Gonzales. **Sujeito e subjetividade**: uma aproximação histórico cultural. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

RIBAS, Tania Rocha Cabral; PERITO, Mario; ARMONI, Paschoal Laercio; SARACENI JUNIOR, Guilherme. As diferentes dimensões da "competência" na formação do profissional professor. **Revista da Educação**, Guarulhos, UNG, v. 1, n. 2, p. 43-49, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **A universidade necessária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

RISKIN, Leonardo. Tomada de decisão em mediação: o novo "gráfico antigo" e o sistema do "novo gráfico novo". *In*: AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado Barbosa (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

RISKIN, Leonardo; WESTBROOK, James E. Integrating dispute resolution into standart first-year courses the Missouri plan. **Journal of Legal Education**, v. 39, p. 509, 1989. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228326684_Integrating_Dispute_Resolution_Into_Standard_First-Year_Courses_The_Missouri_Plan. Acesso em: 3 dez. 2018.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. Instituições arbitrais. *In*: SALES, Lília Maia de Morais (org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, José Florêncio. **Mobilizando o grupo na instrução**. Curitiba: Appris, 2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Ensino do direito no Brasil**: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. 1992. 397 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. Novas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de direito: uma leitura crítica da proposta apresentada pelo CNE, em julho de 2017, no XXVI Encontro Nacional do Conpedi. *In*: GRUBBA, Leilane (org.). **Direito, democracia, desenvolvimento e sustentabilidad**e. Coleção: Justiça, democracia e sustentabilidade, v. III. Porto Alegre: FI, 2017. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_e47287dd074a48c2a6120c86feab2507.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Diretrizes curriculares nacionais do curso de direito: resolução CNE/CSE n. 05/2018 comentada. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Educação jurídica para o século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 235-306.

ROEBER, Alfred Louis; LARAIA, Roque de Barros. **Organização social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

ROGERS, Carl R. **Terapia centrada no cliente**. Tradução: Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ROMANO, Jorge O. Empoderamento: recuperando a questão do poder no combate à pobreza. *In*: ROMANO, Jorge O.; ANTUNES, Marta (org.). **Empoderamento e direitos no combate à pobreza**. Rio de Janeiro: ActionAid Brasil, 2002.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

ROSO, Adriane; ROMANINI, Moises. Empoderamento individual, empoderamento comunitário e conscientização: um ensaio teórico. **Psicologia e Saber Social**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 3, n. 1, p. 83-95, jan./jun. 2014.

ROY, Wagner. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

SADEK, Maria Tereza. **A reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SANDOVAL, Harbey Peña. La conciliación no es justicia. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, Universidade Nacional, n. 45, p. 241-267, 2017.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra. **Judiciário como guardião da Constituição**: democracia ou guardiania? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico:** uma abordagem político-educacional. Campinas: Edicamp, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Glauce Carolina Vieira; KIENEN, Nádia; VIECILI, Juliane; BOTOMÉ, Silvio Paulo; KUBO, Olga Mitsue. "Habilidades" e "competências" a desenvolver na capacitação de psicólogos: uma contribuição da análise do comportamento para o exame das diretrizes curriculares. **Interação em Psicologia**, Curitiba, UFPR, v. 13, n. 1, p. 131-145, out. 2009. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/12279/10492. Acesso em: 4 ago. 2019.

SANTOS, José Luiz. **O que é cultura**. 5. ed. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1986.

SANTOS, Lucíola Licínio de Castro Paixão; PEREIRA, Júlio Emílio Diniz. Tentativas de padronização do currículo de formação de professores no Brasil. **Caderno Cedes**, Campinas, Unicamp, v. 36, n. 100, p. 281-300, 2006.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação:** ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos. 2008. 285 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi; GONÇALVES, Jéssica; RODRIGUES, Horácio. Transformação da cultura da sentença para um cultura ampla e multiportas de administração dos conflitos jurídicos. *In*: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2017.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi; MAILLART, Adriana Silva. A "cultura da sentença" em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de direito no Sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-699, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1962/1854. Acesso em: 19 dez. 2018.

SANTOS, Theobaldo Miranda. **Noções de história da educação.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1952.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008. p. 2307-2333.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução dos conflitos. *In*: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Antropologia, direito e mediação no Brasil: um campo dialógico em construção. **Meritum**, Belo Horizonte, Fumec, v. 7, n. 2, p. 31-59, jul/dez. 2012.

SCHWEITZER, Albert. **Decadência e regeneração da cultura:** filosofia da cultura. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v. I. Tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Rosângela Aparecida. **Importância das habilidades sociais educativas no contexto da sala de aula**. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_rosangela_aparecida_silva.pdf. Acesso em: 13 nov. 2018.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barborsa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOBRAL, Adail. Lugar social e sentido do discurso: um diálogo com M. Pêcheux a partir de F. Flauhault e da concepção dialógica de linguagem. **Revista Prolíngua**, João Pessoa, UFPB, v. 7, n. 1, p. 119-132, jan./jun. 2012.

SOLER, Raúl Calvo. **Uso de normas jurídicas y toma de decisiones**. Barcelona: Gedisa, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

STEIN, Edith. **Sobre el problema de la empatía**. Madrid: Trotta, 2004.

SUARES, Marinés. **Mediación**. Conducción de disputads, comunicación y técnicas. Buenos Aires; Barcelona: Paidós, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. D.J. 30.04.2004. Ementário n. 2149-6. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1061_SE-AgR_5.206.pdf_parte_1.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

TARELLO, Giovani. **Cultura juridica y politica del derecho**. Madri: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

TARTUCE, Fernanda; FALECK Diego; GABBAY Daniela. **Meios alternativos de solução dos conflito**s. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 77-91.

TARUFFO, Michele. II significato constituzionale dell'obbligo di motivazione. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TEIXEIRA, Albano Luiz Francisco. Um breve histórico da educação brasileira – sob o signo da precariedade**. Encontros**, Rio de Janeiro, ano 13, n. 24, p. 60-76, 1º sem. 2015.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

TOMPKINS, Penny; LAWLEY, James. ***Rapport*** – o ingrediente mágico. Disponível em: http://www.golfinho.com.br/artigospnl/artigodomes200702.htm. Acesso em: 9 set. 2018.

TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediação e mudança social**. Tradução: Natacha Mota. Coleção Ciências da Educação Século XXI. Porto: Porto, 2008.

TRIANDIS, Harry. The many dimensions of culture. **Academy of Management Perspectives**, Nova York, v. 1. 18, n. 1, p. 88-93, fev. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238762441_The_Many_Dimensions_of_Culture. Acesso em: 21 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Guia de formação em mediação comunitária**. Justiça comunitária: TJDFT, sem data.

TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Expresso Zahar, 2014.

UCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: USC, 2002.

URY, William. **Supere el no**: cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas. Barcelona: Grupo Norma, 1993.

URY, William L. **Alcanzar la paz**: diez caminos para resolver conflitctos en la casa, el trabajo y el mundo. Buenos Aires: Paidós, 2000.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. **Um conceito de fraternidade para o direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar. **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar (org.). **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da Mediação, 1995.

VEZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipatória. **Revista Catarinense de Resolução dos Conflitos**, Blumenau, ano 1, p. 24, set. 2013. Publicação anual da Fecema.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baummann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VON ZUBEN, Newton Aquiles. Introdução. *In*: BUBER, Martin. **Eu e tu**. São Paulo: Centauro, 2004.

WAGNER, Roy. **A invenção da cultura**. Tradução: Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, UFSC, v. 3, n. 5, 1982.

WARAT, Luiz Alberto. Incidentes de ternura. *In*: BORGES FILHO, Nilson (org.). **Direito, estado, política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative literature. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WEBER, Max. **Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais n. 13. São Paulo: Ática, 1981.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução: Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2002.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.WOLF, Eric R. **A Europa e os povos sem história**. São Paulo: USP, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa – Ômega, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. *In*: LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WYLER, Marília Mengarda; RAISER, Josiane Schueda Raiser. Habilidades sociais e educação: avanços e possibilidades. **Ágora**: Revista de Divulgação Científica, Concórdia, UnC, v. 19, n. 2, p. 40-63, jul./dez. 2014.

ZAMBONI, Alex Alckin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos**: impacto da Resolução nº 125 do CNJ sobre os cursos de direito. 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ZANDWAIS, Ana. O sistema da língua, o diálogo e o discurso. **Conexão Letras**, Porto Alegre, UFRGS, v. 11, n. 16, p. 95-107, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/conexaoletras/article/view/70357. Acesso em: 2 ago. 2019.