

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

RAELSON TRINDADE LIMA

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO À LUZ DAS INOVAÇÕES ADVINDAS
COM O NOVO CODIGO DO PROCESSO CIVIL.**

São Luís
2016

RAELSON TRINDADE LIMA

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO À LUZ DAS INOVAÇÕES ADVINDAS
COM O NOVO CODIGO DO PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof Ms. Raimundo Nonato Serra
Campos Filho.

São Luís

2016

Lima, Raelson Trindade.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO À LUZ DAS INOVAÇÕES
ADVINDAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/ Raelson
Trindade Lima. – 2016.

88 f.

Orientador: Prof. Ms. Raimundo Nonato Serra Campos Filho.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do
Maranhão, São Luís, 2016.

1. Conciliação. 2 Inovações. 3. Mediação. 4. Novo CPC. I. Campos
Filho, Raimundo Nonato Serra. II. Título.

RAELSON TRINDADE LIMA

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO À LUZ DAS INOVAÇÕES ADVINDAS
COM O NOVO CODIGO DO PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof Ms. Raimundo Nonato Serra
Campos Filho.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

À minha família, por sempre terem me apoiado e me oferecido o aporte básico indispensável para que eu realizasse meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as adversidades apresentadas no caminho percorrido.

Aos meus pais Raimundo Mascarenhas e Maria da Natividade, por sempre terem me apoiado e me oferecido o aporte básico indispensável para que eu realizasse meus sonhos.

A minha avó, de onde tiro toda minha motivação e que mesmo debilitada por problemas da idade continua sendo a base de toda família.

A minha tia, Leonice Trindade, por sempre ter me auxiliado nas dificuldades, por seus conselhos e por servir de exemplo de honestidade e sucesso.

Ao meu irmão Laércio, que me apoiou e ajudou indiretamente para que esse trabalho se realizasse.

Aos amigos da faculdade, Fernando, Paulo, Léo, Alana, João Victor, Adriano, Rawlinson, Gabriel, dentre outros, por estarmos juntos nesta caminhada.

Ao meu orientador Professor Campos, pelo compromisso e disposição, mas, principalmente, pela dedicação a esse ofício mais bonito de todos, que é o magistério.

A esta universidade e seu corpo docente que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e éticas aqui presentes.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Pessoas de sucesso fazem o que pessoas mal sucedidas não querem fazer. Não queira que a vida seja mais fácil. Deseje que você seja ainda melhor”.

Jim Rohn – Fundador da Herbalife International.

RESUMO

O presente texto acadêmico trata da identificação das alterações no ordenamento jurídico brasileiro, no que atine aos meios alternativos de solução de conflitos, após a publicação do novo Código de Processo Civil brasileiro Lei 13.105/2015. Estuda a criação da audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento comum, antes da defesa do réu, avaliando as possibilidades de sua implementação, de acordo com a cultura jurídica já existente, cotejando-a com a audiência preliminar. Analisa também os principais dispositivos atinentes ao tema advindos com a vigência do Novo Código de Processo Civil bem como a possibilidade de implemento de uma cultura jurídica de mediação e conciliação com a Administração Pública, e em processos de litigantes habituais. Analisa também os potenciais benefícios que tais inovações podem gerar no atual panorama de abarrotamento de causas no judiciário nacional. A sociedade atual clama pela efetivação da justiça e dos direitos fundamentais, os quais somente poderão ser alcançados em sua plenitude através de uma visão democrática e pluralista das necessidades desta sociedade,

Palavras-chave: Meios alternativos de solução de conflitos. Audiência de Conciliação e Mediação. Inovações. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This academic text deals with the identification of changes in the Brazilian legal system, as regards with alternative means of dispute resolution, after the publication of the new Brazilian Civil Procedure Code - Law 13.105/2015. Studies the creation of the hearing of conciliation or mediation as an initial step of the common procedure, before the defense of the defendant, assessing the possibilities of its implementation, according to the legal culture existing, comparing it with the preliminary hearing. It also analyzes the main provisions relating to the issue arising with the effect of the new Civil Procedure Code. Exploring the possibility of implement of a legal culture of mediation and conciliation in the public sector, and the usual processes litigants. It also analyzes the potential benefits that innovation can generate in the current panorama of overcrowding causes of national judiciary. Today's society calls for the realization of justice and fundamental rights, which can only be achieved in its entirety through a democratic and pluralistic vision of the needs of this society.

Keywords: Alternative Means of Conflict Resolution. Conciliation or Mediation Hearing. Innovations. New Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO	15
2.1	Histórico da Mediação e Conciliação	15
2.2	Escolas Clássicas de Mediação	17
2.3	Princípios Constitucionais Processuais no Âmbito da Audiência de Conciliação e Mediação	18
2.3.1	Acesso à Justiça	19
2.3.2	Contraditório e Cooperação	20
2.3.3	Razoável Duração do Processo	22
2.4	Princípios específicos aplicáveis à mediação e à conciliação	23
2.4.1	Princípio da Independência	24
2.4.2	Princípio da Autonomia da Verdade	25
2.4.3	Princípio da Oralidade	29
2.4.4	Princípio da Informalidade	30
2.4.5	Princípio da Decisão Informada	30
2.4.6	Princípio da Boa-Fé	31
2.4.7	Princípio da Confidencialidade	33
2.4.8	Princípio da Igualdade das Partes	36
2.4.9	Princípio da Eficácia	38
2.4.10	Princípio da Qualificação do Mediador e do Conciliador	40
2.4.11	Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	42
3	ASPECTOS DAS TEORIAS GERAIS DO CONFLITO ATINENTES À MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO	44
3.1	Teoria do Conflito	48
3.2	A Crise do Acesso do Poder Judiciário e Surgimento da Mediação no Brasil	49
3.3	Novos Espaços Conquistados pela Mediação do Brasil	52
3.3.1	A Resolução N° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	53
3.3.2	A Lei n° 13.140 de 2015 (Lei de Mediação)	55

3.3.3	Processo de Elaboração do Novo Código de Processo Civil e suas Diretrizes	57
4	ALTERAÇÕES NO PROCESSO DO CONHECIMENTO DIANTE DA PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	63
4.1	Desvinculação da Audiência Preliminar de Saneamento da Audiência de Conciliação e Mediação	64
4.2	Obrigatoriedade ou Faculdade de Comparecimento?	67
4.3	Os Reflexos na Contagem do Prazo para Oferecimento de Respostas do Réu	68
4.4	Principais Inovações em Mediação e Conciliação no Novo CPC	71
4.4.1	Centros judiciários de solução consensual de conflitos	73
4.4.2	Conciliador e Mediador	74
4.4.3	Cadastros	76
4.4.4	Remuneração do Conciliador e do Mediador	78
4.4.5	Impedimento do Conciliador e do Mediador	78
4.4.6	Causas de Exclusão	79
4.4.7	Solução Consensual no Âmbito Administrativo	80
4.4.8	Conciliação e Mediação Extrajudiciais	81
5	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem difundido na doutrina nacional e estrangeira quanto à necessidade de serem pensados meios alternativos de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam em maior ou menor grau a participação do Poder Judiciário, e, em razão disso, o exercício da função jurisdicional. No entanto, isso não os exclui do âmbito de estudo do direito processual civil.

Além dos meios de desistências ou submissões de direitos das próprias partes, existem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem, onde há a participação de um terceiro imparcial e não se utiliza do processo, e são esses institutos, eventualmente chamados de equivalentes jurisdicionais.

Esses meios, resumidamente, se justificam garantindo o acesso à justiça, a celeridade, a economia processual, e até a pacificidade da solução, prevista no preâmbulo constitucional, princípios que no sistema processual vigente muitas vezes não se concretizam. Visam, portanto, esses institutos, concretizar a efetividade processual.

Tentando efetivar mudanças, o Senado Federal instituiu, em 2010, o Projeto de Lei n. 166, o Novo Código de Processo Civil, que introduz a mediação, instituto ainda não regulamentado no direito pátrio.

O Novo Código de Processo Civil traz como inovação ao direito brasileiro o instituto da mediação, instituto que, juntamente com a conciliação e arbitragem, constitui os meios alternativos de solução de conflitos contemporâneos. Tal discussão ganha relevância tendo em vista o momento de transição da legislação processual pelo qual passamos, somado aos problemas do Poder Judiciário, dentre os quais, cite-se a título exemplificativo, a morosidade, altos custos e a falta de previsibilidade das decisões. Nesse contexto surgem os meios extrajudiciais como alternativa para concretização de uma maior eficácia na proteção de direitos.

Com essa justificativa, com base na presente pesquisa, busca-se justamente levar a cabo uma análise profunda do Novo Código de Processo Civil no tocante aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Assim, tem-se por objetivo geral, discorrer acerca das inovações advindas com o Novo Código de Processo Civil em matéria de solução extrajudicial de conflitos, com vistas a demonstrar as efetivas transformações que tais institutos ensejarão no sistema judiciário brasileiro

E como objetivos específicos, impõem-se:

- a) Análise acerca das inovações no tocante aos institutos de solução extrajudicial de conflitos previsto no Novo Código de Processo Civil.
- b) Estudo profícuo acerca dos princípios constitucionais processuais civis.
- c) Esclarecer, de acordo com o entendimento da doutrina brasileira, quais são as principais alterações na fase postulatória do processo de conhecimento, tendo em vista a inclusão de audiências preliminares de conciliação ou mediação nos conflitos passíveis de autocomposição, instituído pelo novo Código de Processo Civil em seu art.334.

Para o alcance desses objetivos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, de modo que, partindo-se de premissas verdadeiras, estruturadas sob a forma de argumentos condicionais, buscou-se a conclusão já contida nelas implicitamente (LAKATOS; MARCONI, 2003).

A técnica de pesquisa a ser adotada no trabalho será, basicamente, a bibliográfica, “(...) cujos dados e informações são coletados em obras já existentes e servem de base para a análise e a interpretação dos mesmos, formando um novo trabalho científico.” (LEITE, 2008, p. 94).

E a coleta de dados se deu por meio de pesquisa bibliográfica e documental. A primeira contou com as contribuições doutrinárias concernentes ao objeto de estudo. A segunda consistiu na análise de documentos entre eles destaca-se:

- a) Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988;
- b) Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem;
- c) Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça;
- d) Recomendação 50/14 do Conselho Nacional de Justiça;
- e) Lei 13.105/15 - Novo Código do Processo Civil;
- f) Lei 13.129/15 - Alterações da Lei da Arbitragem;
- g) Lei 13.140/2015 – Nova Lei de Mediação;

Por fim, pavoneia-se a estrutura em que foi desenvolvido, em linhas gerais, o trabalho que se inicia.

O primeiro capítulo constitui a presente Introdução.

O segundo capítulo trata principalmente dos aspectos históricos dos institutos em comento, bem como traz uma análise acerca dos princípios constitucionais e infraconstitucionais processuais no âmbito da audiência de conciliação e mediação.

O Terceiro capítulo em linhas gerais traz aspectos sobre a teoria geral do conflito de forma a embasar e dar uma fundamentação teórica mais apurada ao trabalho desenvolvido, bem como uma análise acerca do processo de elaboração do Novo Código de Processo Civil.

O quarto capítulo traz as principais alterações na fase postulatória do processo diante da previsão da audiência de conciliação e mediação e ainda uma exposição dos principais dispositivos previstos no código tocante ao tema.

Por fim, a Conclusão finda o trabalho monográfico, apresentando as principais respostas encontradas para os problemas propostos.

2 ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A gênese dos institutos da mediação ou conciliação ainda não foi precisamente definida na história, contudo, acredita-se que foram as primeiras formas de dirimir e pacificar os conflitos sociais. De modo geral vislumbravam-se meios semelhantes no Direito Romano, e por ocasião da compilação do *Corpus Juris Civilis* (529) de Justiniano, houve a nomeação de intermediadores, denominados proxetas que atuavam nas províncias buscando solucionar as demandas através de acordos.

Como demonstra Maria de Nazareth Serpa (1999), os chineses também faziam uso de práticas de mediação ou conciliação na antiguidade, estimulados pelos ideais do filósofo Confúcio, o qual acreditava ser mais válida e justa a consolidação da paz mediante conciliação do que imposta coercitivamente.

Rotineiramente, esses mecanismos já são utilizados para solucionar as demandas, os quais são exercidos mediante audiências judiciais e extrajudiciais.

De acordo com a exposição de motivos da Comissão Elaboradora do Novo Código de Processo Civil, a incorporação de uma audiência preliminar de conciliação ou mediação foi inspirada nas reformas advindas do Direito Processual Civil Alemão, ocorridas no fim do Século XIX.

2.1 Histórico da Mediação e Conciliação

A reforma processual alemã, idealizada por Franz Klein, buscou medidas que reduzissem o tempo entre o início do processo e a sentença definitiva, motivo pelo qual elevou a prévia audiência de conciliação a requisito de admissibilidade, que no processo civil alemão se dá extrajudicialmente, devendo o tribunal reiterar a tentativa quando do início do processo.

A mediação é um processo auto compositivo de resolução de conflitos, através do qual duas ou mais pessoas, envolvidas em uma contenda real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial – o mediador, em busca de espaço para criação de uma solução consensual e amigável, satisfatória para ambas as partes, de modo célere e a custos razoáveis.

Pode-se dizer que o processo de mediação acompanha a prática jurídica há tempos na história da humanidade, não se tratando de novidade a sua realização para a solução dos conflitos.

Em verdade, a mediação já existia desde o momento em que uma terceira pessoa intervinha no conflito tentando ajudar as partes a resolvê-lo.

Assim, não é possível afirmar o seu marco inicial, embora se encontrem registros remotos dessa prática no ocidente, através da concepção da conciliação cristã, com repercussões desde o Direito Romano. A Igreja, no âmbito religioso, exerceu o lugar daquele que busca o bom termo para solucionar uma desavença entre as pessoas. No Brasil, especificamente, sua primeira manifestação decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos (MARTINEZ, 2005).

Vale ressaltar que estas utilizações do processo de mediação foram feitas de modo inconsciente ou intuitivo. Ou seja, nestes períodos a mediação ainda não era assim denominada, de forma que somente após a conscientização e teorização deste processo, é que o mesmo foi assim definido e as experiências acima relatadas puderam ser devidamente classificadas como momentos de ocorrência de mediação.

Somente a partir da metade do século XX é que o processo de mediação foi definido e sua prática foi utilizada de forma direcionada e orientada. A sua verificação deu-se ao lado de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos como a negociação, a conciliação e a arbitragem.

Tais métodos pacíficos e não oficiais de resolução de conflitos foram “descobertos” em regiões subdesenvolvidas, como as áreas da África Oriental, África Central/Austral e Sudão. Esta constatação foi destacada por sociólogos, após a realização de estudos nos finais da década de 50, até inícios da década de 60, em que se verificou a utilização de padrões de vida jurídica e de Direito que se moldavam de maneira completamente diversa daqueles adotados pelas civilizações ditas como “civilizadas” (SANTOS, 1997). Assim, nestes cenários puderam ser observados:

direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação as restantes atividades sociais; mecanismos de resolução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso retórico, persuasivo, assente na linguagem comum. Acima de tudo estes estudos

revelam a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos vivendo e interagindo de diferentes formas. (SANTOS, 1997, p. 175).

Por conseguinte, estes estudos consagraram-se como importantes para a observação da existência e modo de utilização de “novos” métodos de resolução de conflitos, por via extrajudicial; e, para detectar que, em uma mesma sociedade, é possível a existência de uma pluralidade de direitos em convivência e interação recíprocas, bem como a coexistência de fenômenos judiciais tradicionais e mecanismos de resolução de conflitos informais que funcionam com independência frente aos órgãos estatais jurisdicionais.

Logo, embora a busca por métodos de solução pacífica de conflitos seja um fenômeno antigo, somente na metade do século passado é que a utilização destes começou a ser tomada como um processo consciente, passando a ser alvo de estudos e pesquisas, intentando-se uma análise científica do evento e maneiras de aprimorá-lo para expandir sua utilização. O resultado destas pesquisas influenciou a administração da Justiça na América do Norte e Europa, principalmente, acabando por refletir em outras regiões. (SANTOS, 1997).

2.2 Escolas Clássicas da Mediação

Após a conscientização do processo de mediação, os Estados Unidos decidiram analisar e aprofundar as pesquisas a respeito deste processo. Deu-se início à teorização da mediação. Atualmente já existem três escolas clássicas para orientar as diferentes formas de desempenhar a mediação (LIMA; ALMEIDA, 2010):

- Modelo Tradicional-Linear (desenvolvido por Harvard Law School),
- Modelo Transformativo (introduzido por Robert A. Bush – teórico da negociação e Joseph F. Folger – teórico da comunicação).
- Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb).

Cumprе ressaltar que os três modelos referidos convivem harmonicamente. Não há que se falar em um modelo ultrapassado em contrapartida a um modelo moderno; nem mesmo que existe um modelo melhor ou superior a outro. Todos são atuais e todos podem ser aplicados. Na verdade, o que define qual o modelo mais adequado é o tipo de

conflito a ser mediado, o contexto em que será realizada a mediação, as partes envolvidas e sua relação interpessoal, bem como o próprio estilo do mediador.

Acredita-se, por exemplo, que o Modelo de Harvard pode ser mais adequado para conflitos empresariais ou que envolvam pessoas jurídicas; enquanto o Modelo Transformativo é recomendado para todos os casos em que estão muito envolvidas as relações interpessoais, como os conflitos familiares; e o Modelo Circular-Narrativo tem a vantagem de sua grande aplicabilidade, uma vez que está centrado tanto nas relações, quanto nos acordos. Nesse sentido, alguns estudiosos brasileiros, a exemplo de Adolfo Braga Neto (2009), entendem que o mediador trabalha com uma “caixa de ferramentas”, que estão a sua disposição e são por ele escolhidas, de acordo com as possibilidades, habilidades, necessidades das pessoas e do conflito.

A condensação deste instrumental teórico diversificado sobre os distintos modelos de mediação garantiu a este processo polivalência, ao ponto de caracterizá-lo como um método capaz de adequar-se e ser utilizado nos mais variados contextos, nos quais seu emprego se faça preciso ou interessante para solução pacífica de conflitos.

Com a globalização, a mediação ganhou destaque devido à sua eficácia, celeridade e baixo custo (em comparação a via judicial), tornando-se uma técnica de simples e passível de exportabilidade. A mediação, então, espalhou-se para diversos países como: Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra, o que a fez tomar distintas formas e procedimentos, uma vez que ela pode ser adaptada de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país (LIMA; ALMEIDA, 2010). Com o Brasil, não foi diferente, de maneira que o mesmo igualmente importou a mediação, como processo extrajudicial de resolução de conflitos (em virtude, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário).

2.3 Princípios Constitucionais Processuais no Âmbito da Audiência de Conciliação e Mediação

No que tange à inclusão da audiência preliminar de conciliação ou mediação no Novo Código de Processo Civil é importante destacar três princípios que estão diretamente relacionados ao tema: o acesso à justiça, o contraditório sob a ótica da cooperação, e a razoável duração do processo.

2.3.1 Acesso à Justiça

Diante da vedação da autodefesa pelos particulares, o Estado assumiu o poder/dever de dizer o direito, motivo pelo qual se viu em meio a uma crise judicial, uma vez que o acesso à justiça garante que toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Tradicionalmente quando se falou sobre Acesso à Justiça se imaginou dar efetivo acesso aos Tribunais, considerando a garantia constitucional de que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a Direito, garantindo via judiciária, inclusive pela assistência jurídica gratuita à população que não tivesse condições de constituir advogado.

Essa escalada de se garantir Acesso à Justiça se desenvolveu em etapas, sendo a primeira, cunhada de primeira onda, dedicada a garantir o acesso, ampliando as estruturas de assistência judiciária para assegurar a todas as pessoas que possam ter assistência devida, inclusive gratuita a todos os cidadãos que comprovadamente necessitarem, para tanto instituiu a Constituição Federal de 1988 em seu art.134 a Defensoria Pública, ou o acesso direto à justiça, sem necessidade de assistência jurídica, por meio de Juizados Especiais, criados pela Lei 9.099/95.

A segunda onda de Acesso à justiça visou minimizar o individualismo dos processos, criando legitimidade e representação jurídica aos direitos difusos, dando a organismos e entidades, a legitimidade para a defesa de interesses coletivos. O Estado Brasileiro, para garantir este tipo de acesso instituiu a ação civil pública no art.129, inciso III da Constituição, assim como a ação popular no art.5º, inciso LXXIII, e o mandado de segurança coletivo disposto no art. 5º, inciso LXX.

Agora, a terceira onda de Acesso à Justiça está por ampliar a concepção de acesso à Justiça, adstrita antes a se compreender acesso ao Poder Judiciário, para agora se viabilizar a ideia de acesso ao valor-JUSTIÇA. E nessa concepção mais ampla e moderna- JUSTIÇA é um valor que pode ser alcançado além do veredicto do Poder Judiciário, podendo advir tanto da consciência e maturidade das partes, que em consenso, constroem uma conclusão que satisfaça aos interesses dos envolvidos, como advindos de uma jurisdição privada, maturada e decidida por terceiros escolhidos pelas partes para dirimirem a controvérsia bem como por meio da adoção de novas técnicas

processuais para solução de conflitos, por exemplo, a desburocratização dos procedimentos e a criação de meios alternativos de solução de conflitos.

O Novo Código de Processo Civil é afirmativo desse novo pensamento- acessar à Justiça, não é necessariamente acessar ao Poder Judiciário, mas alcançar por qualquer meio legítimo a resolução da controvérsia, assumindo esse papel também como Dever do Estado, e compartilhando essa missão com os diferentes atores da realização da Justiça, magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, e especialmente, os Advogados.

2.3.2 Contraditório e Cooperação

“O princípio do contraditório é garantia fundamental disposta no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, nos seguintes termos” aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para Humberto Theodoro Jr. Esse princípio “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo” (THEODORO JÚNIOR, 2012).

Já para Thamay e Rodrigues, “a essência do contraditório não está ligada à efetiva manifestação da parte no processo, mas sim à oportunidade que lhe é dada para se manifestar antes de o magistrado proferir sua decisão sobre matéria ainda não debatida”. Ou seja, não necessariamente haverá audiência da parte, mas é imprescindível que seja oferecida pelo magistrado a oportunidade de fazê-la. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006).

O princípio do contraditório foi bastante privilegiado no Novo Código de Processo Civil, nota-se, diante da observação dos artigos 7º, 9º e 10º do referido diploma.

O art.7º dispõe que às partes são garantidas a paridade de tratamento no exercício de seus direitos e faculdades processuais, devendo o juiz zelar pelo efetivo contraditório, ou seja, o dispositivo trata da essência dos princípios da isonomia e do contraditório, “pilares essenciais do processo civil brasileiro”, de acordo com Carneiro e Pinho (PINHO,2012).

Logo em seguida o caput do artigo 9º estabelece que o magistrado não poderá proferir decisão contrária à parte, sem que ela tenha sido previamente ouvida; desta

forma traz consigo a indisponibilidade de oitiva da parte contrária, que para Carneiro e Pinho “ a regra é novidade no sistema processual civil e sua inobservância ensejará a nulidade de decisão judicial” frisa-se, que seu parágrafo único estabelece situações excepcionais.

Por fim, o art.10º estabelece que o juiz não poderá proferir decisão com base em fundamento no qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, mesmo no que tange a matéria passível de decisão de ofício pelo magistrado, ou seja, é a inovação da vedação de decisões surpresas. Teresa Arruda Alvim Wambier completa: “o contraditório que terá havido entre as partes tem que estar refletido na sentença” (WAMBIER, 2015).

Ademais, se o contraditório confere às partes a garantia constitucional de se manifestarem na relação processual, a razoável duração do processo, em contrapartida, desafia o magistrado a encerrar o processo no menor espaço de tempo possível, e a audiência preliminar de conciliação é o mecanismo pelo qual os dois princípios podem ser aplicados concomitantemente.

Humberto Theodoro Júnior (2012), analisando a aplicação de tal princípio no Novo Código, acredita que foi favorecido o “contraditório participativo”, que não se limita à manifestação das partes, “mas que reconheça o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico”.

Para o Novo Código de Processo Civil, não basta apenas oportunizar a manifestação das partes, mas que seja observado à cooperação entre todos os sujeitos do processo, afim de que se alcance uma decisão meritória eficaz e em tempo razoável.

O princípio da cooperação originou-se na Europa, mais precisamente na Alemanha, França e Portugal, o qual possui o escopo de orientar o magistrado a adotar uma postura ativa e colaborativa no processo, e não apenas uma atuação fiscalizatória. Ocorre que, o princípio da cooperação não diz respeito apenas ao magistrado, uma vez que se estendeu às partes, como decorrência dos princípios do devido processo legal, contraditório e boa-fé processual.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil o princípio da cooperação se intensificou, principalmente no que diz respeito a audiência de conciliação ou mediação, devendo as partes cooperarem harmonicamente a fim de que o processo alcance rapidamente o fim almejado. O Código de 2015 não apenas adotou a cooperação como princípio no sentido axiológico, como também introduziu expressamente no texto legal,

em seu art.6º, no qual dispõe que é dever de todos os sujeitos do processo cooperarem para que se tenha uma decisão de mérito em tempo razoável, com justiça e efetividade.

Leonard Ziesemer Schmitz ainda esclarece que essa idealização de colaboração no processo não é inédita no cenário brasileiro, ela é buscada há vários anos, pois “transformar o processo em um ambiente dialético é a intenção, justamente dando ênfase à função democrática do processo” (SCHMITZ, 2013).

A participação dos conflitantes é de suma importância, tendo em vista que o contraditório começa a ser entendido como aplicação do princípio de isonomia entre as partes destinatárias da prestação jurisdicional, e, inclusive, “essa participação deve ser considerada pelo juiz no momento da decisão”.

2.3.3 Razoável Duração do Processo

O princípio da razoável duração do processo adveio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, já no novo Código o princípio foi expressamente recepcionado no art.4º, o qual dispõe que os litigantes possuem o direito de, em prazo razoável, obter solução de mérito.

Para Humberto Theodoro Junior (2012) O processo se tornou um obstáculo na atualidade, que possui diversos protocolos a serem cumpridos, gerando lentidão da solução estatal que frequentemente advém em momento inadequado.

Tendo em vista a crise da excessiva demanda no Judiciário, estudiosos defendem a adoção de um processo de resultados no menor espaço de tempo possível. Renato Luiz Miyasato de Faria (2013) é bem objetivo ao afirmar que “o momento exige aceitação da crise, quebra de paradigmas e vontade de resolver”.

Neste sentido, Alves e Montenegro (2014) sublinham a relevante contribuição que a audiência de conciliação ou mediação pode causar à razoável duração do processo:

“Em tempos de crise do Poder Judiciário, grande parte causada pelo acúmulo de processos em todas as instâncias, é importante estimular a possibilidade de o processo ser encarado através da homologação do acordo de vontades, evitando que se perpetue, causando às partes, principalmente ao autor, o intitulado dano marginal, além de impor o perecimento do direito material,

funcionando o processo como fim, não como meio, o que não podemos admitir”.

Desta forma, a audiência preliminar de conciliação e mediação surge como ferramenta a privilegiar esse princípio, uma vez que de acordo com Carneiro e Pinho “a norma dá o tempo necessário para a tentativa de autocomposição, mas respeita o princípio da razoável duração do processo”.

Alves e Montenegro (2014) aduzem sua predileção pelos atos orais no curso do processo, como demonstra o trecho:

“As audiências são de suma importância na realidade do processo civil brasileiro, permitindo que o instrumento utilizado pelo Estado para a pacificação do conflito de interesses assumia a forma oral, tão decantada e estimulada pela doutrina e jurisprudência [...] afastando a prevalência da forma escrita, marcada pela acentuada apresentação de petições no curso do processo.”

Para estes autores, a razoável duração do processo é um princípio “idealista”, ou seja, “uma norma programática que revela uma pretensão a ser efetivada através de meios os quais agilizem os atos processuais, alcançando razoável duração do processo”.

2.4 Princípios específicos aplicáveis à mediação e à conciliação

O Novo Código, em seu artigo 166 tipifica, em linhas gerais os princípios pelos quais a conciliação e a mediação serão regidas, a saber: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, vejamos:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.
§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.
§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.
§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.
§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015)

2.4.1 Princípio da Independência

A independência se relaciona à figura dos mediadores e conciliadores que deverão ser desinteressados do resultado da demanda; a imparcialidade, por sua vez, é o compromisso desses novos auxiliares da justiça de não tomarem partido no conflito; o princípio da autonomia da vontade visa impossibilitar os servidores a forçar um acordo; a confidencialidade garantirá às partes a proteção das informações atinentes à lide; o princípio da oralidade auxiliará na redução da burocracia, tornando as manifestações judiciais mais simples e espontâneas; por conseguinte, a informalidade fará com que as partes se sintam mais à vontade no ambiente forense, e não se sintam constrangidas; e, por fim, a decisão informada é o princípio que garantirá que a parte seja bem informada do acordo que irá negociar e suas características.

Os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa. Nos termos do art. 1.º, V, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, a independência também permite ao conciliador e ao mediador deixar de redigir solução ilegal ou inexecutável, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, constante expressamente da norma administrativa, mas não presente no art. 166, caput, do Novo CPC.

A Comissão elaboradora do Novo Código de Processo Civil fez questão de destinar livro específico para tratar das normas fundamentais e aplicação das normas processuais, tendo em vista que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.

O primeiro artigo do Código de Processo Civil de 2015 já carrega consigo a forma pelo qual o processo será conduzido, qual seja: por meio de valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição.

Os princípios gerais aplicáveis tanto à mediação quanto à conciliação, realizadas dentro ou fora do âmbito dos Tribunais, são concretizações de outros princípios maiores, que podem ser induzidos a partir da Constituição da República ou a partir da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, são princípios que não coincidem com aqueles previstos para os processos adjudicativos, onde o terceiro interveniente produz uma decisão para solução do litígio. Assim, a mediação e a conciliação têm princípios próprios, considerando-se que são meios não adversários de resolução de litígios, onde a solução é construída pelas próprias partes. Os princípios enunciados devem considerar que o Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), que tem como fundamentos valores como a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III), e possui como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e não discriminatória (art. 3º, incisos I e IV, CF/88) (BRASIL, 1988).

Interessa ao Estado de Direito a segurança jurídica e paz social e, desta forma, que os conflitos decorrentes da vida em sociedade possam ser por todos resolvidos de forma justa e eficaz, o que representa um exercício de cidadania e de democracia.

2.4.2 Princípio da Autonomia da Vontade

Não há como falar em solução consensual do conflito sem autonomia de vontade das partes. Se houve um consenso entre elas, ele só pode ter decorrido de um acordo de vontade. E a vontade não pode ser viciada sob pena de tornar a solução do conflito nula. A autonomia da vontade não se limita ao conteúdo da solução consensual do conflito, valendo também para o procedimento da conciliação e mediação, sendo justamente nesse sentido o § 4.º do art. 166 do Novo CPC. Esse poder das partes também é chamado de princípio da liberdade ou da autodeterminação, abrangendo a forma e o conteúdo da solução consensual.

O individualismo e o liberalismo que imperavam no início do século passado inspiravam autores como Gounot, seguindo a filosofia de Kant, a reconhecer o princípio da autonomia da vontade, expressão que hoje tende a ser substituída pelo princípio da autonomia privada (BATISTA, 1997).

Assim, a vontade do homem, livremente exercida, permitia que este assumisse obrigações e definisse ilimitadamente os negócios jurídicos, inclusive o seu conteúdo. A autonomia privada não retira do homem a liberdade, mas determina que o exercício deste direito observe certos limites e finalidades, como por exemplo, a função social do contrato.

Em relação à mediação e à conciliação, o princípio da autonomia privada alcança evidente e inocultável importância, pois possibilita a própria existência destes meios de solução de conflitos. As partes decidem adotar a mediação e a conciliação para por fim ao litígio existente ou para prevenir um litígio futuro e, após, decidem entabular ou não o acordo, sempre como fruto da válida manifestação da própria vontade.

Com efeito, o princípio da autonomia privada, nestes termos considerado, permite que as partes possam resolver suas controvérsias por si mesmas, sem afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Porém, não basta que se diga que a solução das controvérsias decorra do exercício da vontade do homem. É preciso que esta vontade seja real, livre de vícios (BRASIL, 1988).

Nesta linha, o princípio da autodeterminação, em razão do qual o acordo entre as partes é sempre obtido de forma voluntária, sem imposições ou coerção, permitindo aos participantes abandonar o processo a qualquer momento. A vinculação de cada parte ao contrato está apoiada na sua própria vontade, na sua autodeterminação.

Outros autores referem-se ao princípio da liberdade e ao princípio do poder de decisão, justificando que as partes devem ter liberdade para resolver os conflitos pela mediação, sem ameaça ou coação, já que somente a estas cabe o poder de decidir como o conflito será solucionado. Como se observa, apesar da aparente divergência inicial, não há diferença substancial quanto ao conteúdo do princípio ora sob análise.

Adota-se, no presente trabalho, o princípio da autonomia privada que considera todos estes aspectos, nomeadamente a vontade do homem, livremente exercida até o limite admitido pelo ordenamento jurídico, sem vícios de consentimento dos interessados. Não se encontra na Constituição Federal um dispositivo expresso que consagre o princípio da autonomia privada.

Este princípio é uma concretização do direito de liberdade (art. 5º, CF/88), que à partida não constitui um direito absoluto. A autonomia privada encontra limites uma vez que a ordem jurídica não pode admitir tudo o que for estipulado pelas partes. Seu exercício deve considerar outros princípios ou valores constitucionais, como a igualdade, a justiça e especialmente a promoção do bem de todos art. 3º CF/88 (BRASIL, 1988).

Ainda, o direito de liberdade limita-se pelo princípio da legalidade (inciso II do art. 5º, CF/88). A liberdade contratual tem, portanto, vários limites, entre eles uns que

decorrem de outros princípios e outros que decorrem da mesma ideia de autodeterminação, sendo que neste caso nenhuma pessoa pode declarar sua vontade apenas em razão de sua inferioridade econômica ou por sua dependência em relação à outra parte. Sob a ótica do direito material, a autonomia privada, considerada um princípio fundamental do Direito Privado, define o objeto da transação obtida através da mediação e da conciliação. Neste sentido, dispõe o 421 do Código Civil brasileiro que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Este dispositivo é aplicável à transação que, pelo Código Civil, é sistematicamente considerada como uma das espécies de contrato, no Livro dedicado ao Direito das Obrigações. A transação é o objeto possível dos processos de mediação e de conciliação. De fato, dispõe o artigo 840 do Código Civil que os interessados podem prevenir ou terminar litígios mediante concessões mútuas. Entretanto, somente se admite a transação em relação a direitos patrimoniais de caráter privado (artigo 841, CC).

Os dispositivos já mencionados do CPC, que determinam ao juiz a designação de audiência conciliatória, fazem remissão aos direitos que podem ser objeto de transação (por exemplo, o artigo 331), ou referem-se a direitos patrimoniais de caráter privado (por exemplo, o artigo 447). Mesmo nas mediações e conciliações promovidas por instituições particulares, a transação obtida deve observar as limitações legais impostas à vontade das partes, sob pena de, se eventualmente necessário, o direito não ser publicamente reconhecido. Sob a ótica do direito processual, as partes de um litígio podem decidir resolvê-lo sem recorrer aos meios judiciais, escolhendo uma instituição particular para promover a conciliação e a mediação.

Sendo esta a escolha, as partes acabam por escolher inclusive o procedimento a ser adotado, seja por prévia delimitação consensual, seja pela escolha de uma instituição que deve antecipadamente fazer publicar os seus regulamentos.

Da mesma forma, podem escolher os conciliadores e os mediadores, com grande liberdade de atuação. Não obstante, mesmo quando a conciliação ou a mediação realiza-se no âmbito dos tribunais, como fase do processo, ou quando se realiza fora deste âmbito por exigência da lei, não se afasta a aplicação da autonomia privada. A cooperação das partes é pressuposto fundamental para a existência e o sucesso dos processos da mediação e da conciliação.

Quando as partes não desejam efetivamente resolver o litígio e deixam de colaborar com o processo, este tende a ser algo completamente inútil ao fim a que se destina. A “não competitividade” chega a ser tratada como princípio por parte da doutrina, que sustenta que não se pode incentivar a competição entre as partes que devem cooperar para o benefício de ambas (SALES, 2004).

Em que pese à importância deste requisito do processo que é a colaboração das partes, acredita-se que ele seja uma concretização do princípio da autonomia privada. É da vontade das partes que decorre a sua colaboração para o êxito do processo. Interessa ao Estado Democrático de Direito a implementação do diálogo na conquista da paz social. Interessa-lhe ainda que os litígios por ventura existentes sejam eficazmente resolvidos. Nestas condições, o legislador estabelece a conciliação como uma das fases do processo judicial ou, ainda, como fase pré-processual.

Entretanto, pelo princípio da autonomia privada, o Estado não pode obrigar as partes à realização do acordo. O terceiro que participa do processo com o intuito de auxiliar as partes, não pode impor-lhes uma solução, nem obrigá-las a uma transação. São as partes que, por si mesmas e através da negociação, constroem a solução do litígio. A recusa das partes à conciliação não pode lhes causar nenhum prejuízo, senão o prosseguimento do feito ou o ajuizamento de ação sucessiva, com a decisão do litígio pelo tribunal.

O Estado coloca à disposição das partes a possibilidade de resolução amigável dos litígios envolvendo direitos patrimoniais de direito privado. Mas as partes têm ampla autonomia para resolver ou não o litígio através da transação. Ainda sob o aspecto processual, as partes nem sempre escolhem os conciliadores ou mediadores, especialmente quando estes são indicados pelo Estado ou pelas instituições particulares escolhidas pelas partes.

Mas, neste caso, o princípio da autonomia privada também se concretiza pela possibilidade de afastar o terceiro indicado. Este direito deve ser exercido pelas partes de maneira fundamentada, e sempre considerando outro princípio: o da boa fé.

O mesmo procedimento deve ser observado em outras normas que regulamentem a mediação e a conciliação. Na omissão normativa, o princípio da autonomia privada deve ser aplicado para suprir a lacuna. Nestas condições, a não observância do princípio da autonomia privada nos processos de mediação e conciliação enseja duas consequências imediatas, já que para além de seus limites há a ilicitude: a)

não reconhecimento do acordo firmado através destes processos pela ordem jurídica; b) responsabilidade pelos danos daí decorrentes.

2.4.3 Princípio da Oralidade

Ao consagrar como princípio da conciliação e da mediação a oralidade, o art. 166, caput, do Novo CPC permite a conclusão de que as tratativas entre as partes e o terceiro imparcial serão orais, de forma que o essencial do conversado entre as partes e o conciliador ou mediador não conste do termo de audiência ou da sessão realizada. Nada impede que o conciliador e, em especial o mediador, se valha durante a sessão ou audiência de escritos resumidos das posições adotadas pelas partes e dos avanços obtidos na negociação, mas estes servirão apenas durante as tratativas, devendo ser descartados após a conciliação e a mediação.

A oralidade tem três objetivos: conferir celeridade ao procedimento, prestigiar a informalidade dos atos e promover a confidencialidade, já que restará escrito o mínimo possível.

Naturalmente, a oralidade se limita às tratativas e conversas prévias envolvendo as partes e o terceiro imparcial, porque a solução em si do conflito deve ser sempre reduzida a termo, sendo indispensável a forma documental escrita da solução consensual do conflito. Registre-se corrente doutrinária que defende a dispensa de tal acordo escrito na mediação porque sua necessidade poderia restaurar a desconfiança entre as partes e prejudicar sua relação futura. Acredito que a dispensa do ato escrito se justifica e pode ocorrer na mediação extrajudicial, mas, já havendo processo em trâmite, será preciso algum termo que demonstre terem as partes chegadas ao acordo para que o juiz possa extinguir o processo por sentença homologatória da autocomposição. O espírito de não restaurar desconfianças entre as partes pode levar a um simples termo de acordo, sem precisar as obrigações das partes, mas nesse caso a sentença homologatória será inexecutável diante do inadimplemento em razão da incerteza da obrigação.

2.4.4 Princípio da Informalidade

A informalidade incentiva o relaxamento e este leva a uma descontração e tranquilidade natural das partes. Todos aqueles rituais processuais assustam as partes e geram natural apreensão, sendo nítida a tensão dos não habituados a entrar numa sala de audiência na presença de um juiz. Se ele estiver de toga, então, tudo piora sensivelmente. Esse efeito pode ser confirmado com a experiência dos Juizados Especiais, nos quais a informalidade é um dos traços mais elogiados pelos jurisdicionados.

Sendo o objetivo da conciliação ou mediação uma solução que depende da vontade das partes, nada mais natural que eles se sintam tanto quanto o possível mais relaxadas e tranquilas, sentimentos que colaboram no desarmamento dos espíritos e por consequência otimizam as chances de uma solução consensual do conflito.

Por outro lado, diante das variedades de situações a que são colocados os conciliadores e mediadores a cada sessão ou audiência, a necessidade de uma flexibilização procedimental é a única maneira de otimizar os resultados dessas formas de solução de conflitos. Um procedimento rígido engessaria o conciliador e o mediador, prejudicando sensivelmente sua atuação e com isso diminuindo as chances de sucesso. Mesmo no processo, com a adoção da tutela diferenciada, reconhece-se que o juiz deve adequar o procedimento às exigências do caso concreto para efetivamente tutelar o direito material. Na conciliação ou mediação, com maior razão – a decisão é consensual – os conciliadores e mediadores devem adaptar o procedimento às exigências do caso concreto.

2.4.5 Princípio da Decisão Informada

Segundo o art. 1.º, II, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, o princípio da decisão informada cria o dever ao conciliador e ao mediador de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. Ainda que as formas consensuais independam do direito material real ou imaginado de cada parte envolvida, devem elas ter a exata dimensão a respeito dos aspectos fáticos e jurídicos do conflito em que estão envolvidas. Esse dever do conciliador e mediador não se confunde com sua parcialidade, porque, ao prestar tais

esclarecimentos fáticos e jurídicos às partes, deve atuar com isenção e sem favorecimentos ou preconceitos.

A adoção desse princípio no art. 166, caput, do Novo CPC, entretanto, sugere uma intrigante questão. Não há exigência de que o conciliador e o mediador tenham formação jurídica, de forma que profissionais de qualquer área poderão se capacitar para o exercício da função. E essa capacitação, naturalmente, não envolve conhecimentos jurídicos amplos, mas apenas aqueles associados à sua atividade, além das técnicas necessárias para se chegar à solução consensual dos conflitos. Como exatamente exigir dessas pessoas, sem qualificação jurídica, que mantenham o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos?

Consagrado também no art. 1.º, II, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, o princípio da decisão informada não passava por tal problema, já que o art. 7.º da referida resolução apontava apenas magistrados da ativa ou aposentados e servidores do Poder Judiciário como aptos a compor os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

2.4.6 Princípio da Boa-Fé

De uma forma geral, a boa-fé é considerada em duas concepções ou perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva. Em síntese, seguindo esta classificação, a boa-fé subjetiva é um estado de ignorância sobre a lesão que causa um sujeito a interesses de outrem em determinada situação jurídica, e pode ser subdividida em psicológica ou ética. No primeiro caso, há mero desconhecimento por parte do sujeito, enquanto no segundo caso o estado de ignorância é desculpável (não reprovável, porque o agente observou deveres de cuidado).

Pela mesma classificação, a boa-fé objetiva constitui a obrigação de agir ou comportar-se segundo determinados padrões de retidão e honestidade, de modo a não frustrar a expectativa da outra parte. Esta última é a concepção mais importante relativamente aos processos de mediação e de conciliação. O Estado Democrático de Direito exige a preservação da segurança, princípios expressamente estampados na Constituição Federal, arts. 1º e 5º CF/88, que, por sua vez, induzem outros subprincípios, dentre os quais o princípio da confiança e, sucessivamente, o princípio da boa-fé (NORONHA, 1994).

A confiança é considerada como valor ético jurídico que fundamenta o princípio da boa-fé, e é protegida pelo ordenamento jurídico por constituir condição fundamental para a paz jurídica. Enquanto meios para solução de litígios, os processos de mediação e de conciliação devem observar, portanto, o princípio da boa-fé em todas as suas fases, desde a escolha do processo até o final cumprimento do acordo por ele obtido. O princípio da boa-fé deve reger todos os atos daqueles que participam do processo, nomeadamente as partes e o terceiro conciliador ou mediador.

Estes se obrigam a agir com lealdade e probidade, tanto na exposição dos fatos com observância da verdade, quanto no comportamento tendente à efetiva solução do litígio, com observância do respeito mútuo e da retidão de comportamento. Não se admitem comportamentos meramente dilatórios. Percebe-se mesmo que este princípio está relacionado com a colaboração das partes. A transação obtida pela mediação e pela conciliação deve naturalmente observar o princípio da boa-fé. Neste sentido, o artigo 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (BATISTA, 1997).

A lei considera ato ilícito o exercício de um direito de forma que exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé (artigo 187, CC). Especificamente em relação aos contratos, dentre os quais se encontra a transação, a lei obriga aos contratantes a observância do princípio da boa-fé, tanto na conclusão como na execução do contrato (art. 422, CC). Além destes dispositivos específicos, mais precisamente relacionados com o objeto desta pesquisa, vários outros tratam da observância da boa-fé no Código Civil.

Estes dispositivos do Código Civil obrigam os participantes de processos realizados dentro e fora do âmbito dos Tribunais. Especificamente em relação à mediação e à conciliação realizadas no âmbito dos tribunais, o princípio concretiza-se por deveres legais impostos não apenas às partes. O artigo 14 do CPC/1973 dispunha que as partes, e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, devem proceder com lealdade e boa-fé, abstendo-se de praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

Todos estes deveres estão relacionados com o princípio da boa-fé, porque constituem padrões de ação e comportamento. Em sentido contrário, por exemplo, a parte que se dispõe a participar de um processo de mediação e conciliação, apenas com o objetivo de ganhar tempo, não querendo realmente negociar, mas tão-somente retardar a efetiva solução do litígio, age com evidente e inocultável má-fé.

A não observância do princípio da boa-fé pode gerar diversas consequências jurídicas, desde a prematura interrupção pelas partes ou pelo mediador ou conciliador das negociações, passando pela responsabilidade civil e pela responsabilidade processual do agente de má-fé, podendo chegar até a nulidade ou anulabilidade do acordo firmado pelas partes (ASCENSÃO, 2002).

Naturalmente, se uma das partes notar que a contraparte está a agir com má-fé, irá abandonar o processo, certamente procurando outros meios para solução do litígio. O mediador ou conciliador, fora do âmbito do tribunal, igualmente deverá colocar fim ao processo se alguma das partes estiver agindo de má-fé, posto que neste caso a mediação e a conciliação não atingirão seu intento. Constitui ato ilícito o exercício de um direito com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé (artigo 187 do CC).

Neste caso, portanto, a atuação de má-fé em processos de mediação e de conciliação, que cause dano a terceiro, também deve justificar a sua responsabilidade civil. Também o conciliador ou o mediador, quando no exercício de sua função, cometer ato ilícito a causar danos a alguém, ferindo os padrões exigidos pela boa fé, está sujeito à responsabilidade civil (artigos 186 e 927 do CC) e profissional (código de ética profissional).

Nos processos perante os tribunais há responsabilidade da parte que atuar de má-fé pelo pagamento de multa e também de indenização pelos prejuízos sofridos, além de honorários advocatícios e despesas efetuadas (artigo 18 do CPC/1973).

2.4.7 Princípio da Confidencialidade

O princípio da confidencialidade pode ser induzido a partir dos princípios da segurança jurídica, da confiança e, especialmente, do princípio da autonomia privada, na medida em que sua aplicação e seus limites podem ser estabelecidos pelas partes, diretamente ou através da escolha de um regulamento de instituição privada criada para promover mediações e conciliações.

Atualmente, a confidencialidade encontra fundamento principal no acordo de mediação firmado pelas partes, posto que ainda não há lei expressamente estabelecendo a sua observância. Muito embora o inciso III do artigo 36 da Lei Complementar 35/79 proíba o magistrado de manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, pode-se dizer que o princípio da

confidencialidade não se aplica às conciliações realizadas no âmbito dos Tribunais, posto que confronta com outro princípio aplicável aos processos dirigidos por juízes: o princípio da publicidade (inciso IX do artigo 93 da CF) (BRASIL, 1988).

As partes também não estão submetidas a este dever imposto pela Lei Orgânica da Magistratura. Na conciliação conduzida pelo juiz o princípio da confidencialidade não se aplica primeiramente porque, em regra, o mesmo juiz que promoveu a conciliação poderá, ao final, julgar o processo. Naturalmente os argumentos utilizados na negociação, por exemplo, serão de conhecimento do juiz no momento da sentença.

Esta circunstância revela a importância do princípio, já que neste caso as partes não se sentem à vontade para conversar com o juiz nas mesmas condições em que conversariam com o mediador ou conciliador em processo sujeito à observância deste princípio. Além disso, os atos processuais são públicos, salvo exigência de interesse público e causas que dizem respeito a algumas questões de Direito de Família. Em semelhante sentido, os arts. 770 e 813 da CLT dispoem sobre a publicidade dos atos processuais e das audiências, nas ações trabalhistas.

O fato deste princípio não ser aplicável, em termos, às conciliações promovidas no âmbito dos Tribunais, importa questionar a sua característica de princípio geral. Não obstante trata-se de um princípio que rege os processos de mediação e de conciliação fora do âmbito dos tribunais, e dada à sua importância deve ser objeto análise. O sigilo em que todo o processo se desenvolve é considerado pela doutrina como característica própria da mediação, e uma condição sem a qual a mediação não poderia ser eficaz porque não incentivaria a colaboração das partes com o mediador.

Ademais, a atual realidade diz ser obrigatória nos processos de conhecimento, salvo em determinados casos. Pela lei, a mediação será sigilosa e o mediador deve proceder com confidencialidade (arts. 6º e 13º), salvo por expressa convenção das partes (princípio da autonomia privada, já mencionado). Merece destaque o que prevê o art.30 da Lei 13.140/2015 que trata da confidencialidade e suas exceções

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.
§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:
I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma

parte à outra na busca de entendimento para o conflito;
II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Nas mediações e conciliações realizadas fora do âmbito do Tribunal, não há disposições legais expressas dispendo sobre o princípio da confidencialidade. Assim que, somente nestas mediações ou conciliações as partes podem pactuar, pelo princípio da autonomia privada, a adoção do sigilo em relação aos fatos, argumentos e provas produzidos no processo de mediação ou conciliação. Dentre os objetos do sigilo, também podem ser mencionados os termos de um acordo ou mesmo a existência de um acordo, os apontamentos do mediador, as razões pelas quais as partes não chegaram ao acordo e as propostas realizadas.

Pelo princípio da confidencialidade, as partes têm entre si, e em relação ao mediador ou conciliador, a confiança de que o que disserem não poderá ser utilizado contra si em um processo judicial futuro, caso não cheguem a um acordo, nem poderá passar para o exterior, sendo utilizado em outras circunstâncias contra as pessoas envolvidas.

Assim, cada parte pode se reunir em particular com o mediador ou conciliador (reunião que se chama *caucus*) e, com a segurança de que suas informações não serão divulgadas nem à outra parte, conseguem melhor esclarecer ao terceiro interveniente sobre a profundidade e a natureza do litígio, permitindo que este terceiro possa então ter uma ampla visão da relação que une as partes e, assim, melhor orientá-las para que decidam a controvérsia.

Também, podem utilizar argumentos sem receio do mediador ou do conciliador, que não decidirá o conflito e não poderá prestar depoimento como testemunha. Consideradas as regras de processo civil vigentes, pode-se concluir que o mediador ou conciliador, que atue através de uma instituição privada, ou na Comissão de Conciliação Prévia ou mesmo no Ministério do Trabalho nos conflitos coletivos de trabalho, não

poderá servir como testemunha em processo judicial, em vista de seu impedimento legal.

Sendo o mediador ou o conciliador um advogado, este pode recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional, nos termos do inciso XIX do artigo 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Como pode ser observado, estes últimos dois dispositivos não fazem exceção ao interesse público às garantias profissionais que impõem. Há autores que sustentam que o princípio não é absoluto, e que ele deve ser desconsiderado quando o interesse público o justificar. Sustentam que o interesse privado não pode se sobrepor ao interesse da sociedade e que, por isto, uma decisão legal ou judicial, ou uma atitude de política pública poderia derrogar a regra de sigilo nas mediações e conciliações.

Este entendimento pode ser questionado. Inicialmente, é possível afirmar que o processo envolve litígios de natureza patrimonial e caráter privado, sendo que dificilmente tais litígios podem afrontar a ordem ou o interesse público.

Além disto, esta conclusão não considera que o princípio da confidencialidade não é apenas decorrência da autonomia privada, mas é concretização de outros princípios e valores constitucionais, como o Estado de Direito, a segurança jurídica e a confiança. Neste caso, portanto, manifesta-se divergência quanto ao entendimento de que um juiz ou uma autoridade pública possa exigir do mediador ou do conciliador alguma informação protegida pelo dever de confidencialidade.

A não observância do princípio da confidencialidade, à partida, não enseja a invalidade do acordo ao quais as partes chegaram. Entretanto, a publicação de fatos sobre os quais uma delas, o conciliador ou o mediador, se obrigou a guardar em segredo, para além de contribuir para o descrédito do processo em si mesmo, pode gerar para as profissionais punições disciplinares, e para todos, a responsabilidade civil por danos causados.

2.4.8 Princípio da Igualdade das Partes

O art. 5º da Constituição Federal dispõe que 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 igualdade. Este princípio tem vital

importância nos processos, tanto nos judiciais como nos extrajudiciais, assim como nos consensuais e nos adversariais.

Efetivamente, a igualdade constitui um valor-meio para atingir outro valor, qual seja, a justiça, que constitui outro princípio constitucional (art. 3º, inciso I, CF/88). Na esteira da Constituição Federal, o art. 125, inciso I, do CPC/73 estabelece que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento. Este dever do juiz deve ser observado em todas as fases do processo, inclusive quando promove a conciliação entre as partes.

O princípio da igualdade, não por força do CPC, mas pela expressa disposição constitucional, tem que ser igualmente observado pelo terceiro que auxilia as partes nas mediações e conciliações realizadas fora do âmbito dos tribunais. A igualdade no tratamento dispensado às partes é aquela que busca afastar o inevitável desequilíbrio das relações entre as partes, que é motivada por razões de natureza social, cultural e econômica.

São necessários meios que propiciem a compensação das desigualdades verificadas no plano prático, com objetivo de oferecer às partes igualdade material de oportunidades. Portanto, não se trata aqui da igualdade meramente formal, evidenciada por textos legais prevendo identidade de direitos e de deveres, mas de observância da igualdade material, que considere as condições concretas sob as quais as partes exercem seus direitos e deveres.

Com este objetivo, incumbe ao terceiro que participa do processo conceder às partes as mesmas oportunidades de manifestação e de compreensão das ações desenvolvidas. Nesta linha, o princípio da igualdade permite ao mediador ou conciliador, inclusive, alertar as partes quando caminham para um acordo notadamente prejudicial para uma delas, especialmente quando esta é a parte mais fraca na relação jurídica, sem que esta atitude importe em ofensa a outro princípio aplicável ao processo, que é o da imparcialidade (MORAIS, 1999).

Ainda, compete ao mediador e ao conciliador instigar a efetiva participação de todas as partes, de modo que a participação de uma não venha a tolher a participação de outra, em razão de suas melhores condições de negociação e argumentação. Afinal, a construção da solução do litígio se faz pela implementação do diálogo.

Na mediação e na conciliação, o princípio da igualdade se concretiza, além do que já se disse, pela realização da sessão conciliatória ou audiência com a presença das duas partes, pessoalmente ou representadas, onde possam exprimir livremente suas razões e pontos de vistas, tanto para o terceiro como para a parte contrária. Se as partes

admitirem o *caucus*, ou reunião privada com o mediador ou conciliador, este deve promover a reunião com cada uma das partes, em igualdade de oportunidades.

Às partes devem ser oferecidas idênticas oportunidades de apresentação de documentos que possuam e entendam necessárias à exposição de seus posicionamentos. A não observância do princípio da igualdade, à partida, pode afastar o interesse da parte prejudicada no prosseguimento do feito.

Quando a mesma parte não percebe a tempo que está sendo indevidamente tratada de maneira desigual - condição que pode viciar o acordo que firmar por vício resultante de erro, dolo ou coação - pode pedir a anulabilidade do negócio jurídico firmado, na forma do artigo 171 do Código Civil, sem prejuízo da responsabilidade do mediador ou do conciliador.

2.4.9 Princípio da Eficácia

A eficácia constitui não apenas uma qualidade, mas também um princípio que deve reger todos os atos praticados no processo. A eficácia do processo está relacionada com o seu custo, com o tempo despendido e com a sua efetividade enquanto meio para o alcance da solução do litígio.

Afinal, é esta eficácia que justifica a relevância que se tem dado ultimamente ao processo de mediação. Estas características, que se concretizam pelo princípio da eficácia, têm ligação com a relativa informalidade do processo de mediação e de conciliação. Todavia, o direito positivo impõe algumas formalidades, nomeadamente nos processos realizados no âmbito dos tribunais. Por exemplo, no processo sumário previsto pelo Código de Processo Civil, o não comparecimento do réu à audiência conciliatória importa em sua revelia e confissão (artigo 277, parágrafo segundo, CPC/1973).

Também nas Comissões de Conciliação Prévia há algumas formalidades como a exigência de formulação do pedido por escrito (parágrafo primeiro do artigo 625-D da CLT) ou a fixação de prazo para a realização da sessão conciliatória (artigo 625- F, CLT). É fato que o processo de negociação e conciliação está sujeito a poucas formalidades, mas estas efetivamente existem. Nestas condições, trata-se da informalidade como concretização do princípio que se passa a denominar princípio da eficácia.

Há doutrina que defende a aplicação do princípio da informalidade do processo, argumentando que não existem regras rígidas nem forma única que vinculam o processo, em razão do que cabe aos mediadores o estabelecimento de padrão para facilitar a organização e a elaboração de estatísticas. Este entendimento pode ser defendido nas mediações ou conciliações realizadas por entidades privadas, mas é preciso considerar que os processos também tramitam no âmbito dos tribunais, onde há algumas regras rígidas como a mencionada exigência de comparecimento à audiência conciliatória. Também deve ser considerado que a transação obtida pela mediação, mesmo fora do âmbito dos tribunais, deve satisfazer determinadas exigências legais para ensejar, por exemplo, a sua execução forçada. Portanto, não se trata de um processo totalmente informal (SALES, 2004).

O custo do processo é considerado um diferencial pela doutrina, em relação a outros meios de solução de litígios, judiciais e extrajudiciais. O baixo custo permite que muitas controvérsias sejam resolvidas através deste tipo de processo, o que lhe traz importância prática. A mediação e a conciliação, para serem eficazes, também devem apresentar baixos custos. Há processos que, em razão de seu valor econômico, jamais chegariam a um tribunal, e a mediação e a conciliação, com seu baixo custo possibilitam a tentativa de solução. É, sem dúvida, uma forma de acesso à Justiça. Em relação ao tempo, a mediação e a conciliação são meios mais céleres e ágeis para a solução dos litígios, quando comparados a outros tipos de processo.

A celeridade importa em promover, de certo modo, a qualidade da justiça prestada, porque não basta apenas uma solução adequada: é necessário que a solução seja apresentada em tempo razoável. Ademais, a morosidade faz aumentar o custo indireto do processo. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação.

Finalmente, a eficácia do processo está relacionada com a produção de efeitos práticos. Não basta uma solução formal, sendo importante que a solução se torne efetiva. Em outras palavras, é preciso garantir meios para que a solução encontrada seja cumprida pelas partes, espontânea ou através de execução. O acordo oriundo da mediação e da conciliação deve constituir título executivo. Neste sentido, a sentença homologatória de conciliação ou de transação e o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente, constituem títulos executivos judiciais (artigo 475-N, CPC/1973).

Por sua vez, a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, ou o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores constituem títulos executivos extrajudiciais (artigo 585, II, CPC/1973). Também desta natureza são: o termo de conciliação firmado perante as Comissões de Conciliação Prévia (parágrafo único do artigo 625-E e artigo 876, da CLT); o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho (artigo 876, CLT). A não observância do princípio da eficácia, em todos os atos dos processos de mediação e de conciliação, acaba por afastar o interesse nesta forma de solução de litígios.

2.4.10 Princípio da Qualificação do Mediador e do Conciliador

O terceiro que participa do processo para auxiliar as partes na busca da solução do litígio deve apresentar certas qualidades obrigatórias, as quais lhe dão credibilidade de modo a permitir que a mediação e a conciliação atinjam seus objetivos. É em torno destas qualidades, nomeadamente a independência e a imparcialidade, ao lado dos conhecimentos específicos, que se estabelece o princípio que pode ser denominado como princípio da qualificação do mediador e do conciliador.

Alguns autores referem-se a dois princípios, o da participação de terceiro imparcial e ao da competência do mediador. Pelo primeiro, obriga-se o mediador a dispensar igual tratamento às partes do processo, sem privilégios ou benefícios, outorgando-lhes as mesmas oportunidades. Pelos segundo exigem-se do mediador certas características, conhecimentos e capacidade para o desempenho da função.

Entretanto, percebem-se como todas estas características decorrem de qualidades que devem possuir o mediador e o conciliador, o que leva à conclusão que tais exigências são apenas concretizações do princípio maior nominado neste trabalho. A imparcialidade do conciliador e do mediador são exigências para a concretização dos princípios da igualdade e da confiança. A sua independência contribui para a preservação destas qualidades, garantindo-se que o mediador e o conciliador não estarão sujeitos a influências externas que possam afastá-lo do objetivo do processo (PORTANOVA, 2005).

É fato que na mediação e na conciliação o terceiro que atua de forma a auxiliar as partes a encontrarem uma solução para o seu litígio não decide a controvérsia. Não obstante, exige-se que atue com imparcialidade porque deve ouvir as partes e, após compreender melhor a situação de fato e os aspectos jurídicos que envolvem o litígio. E não basta que pautar sua atuação por estas exigências, mas que demonstre às partes a sua retidão de agir. Nestas condições, realmente a imparcialidade do mediador ou do conciliador importa em dispensar às partes do litígio o mesmo tratamento, concedendo-lhes iguais oportunidades de manifestação, sem beneficiar nenhuma delas em detrimento da outra.

Em outras palavras, que respeite o princípio da igualdade, já mencionado anteriormente. Ainda, importa que conciliador ou mediador não atue caso verifique conflitos de interesses ou de relacionamentos com qualquer das partes. Em suma, a atuação imparcial do mediador e do conciliador consiste em avaliar e agir objetivamente, com isenção e independência, regendo-se por critérios lógicos racionais, em relação à totalidade dos interesses envolvidos.

A imparcialidade também importa que o mediador ou conciliador não tome partido de uma ou de outra parte durante o trâmite do processo, sob pena de quebrar a confiança nele depositada, o que não significa que não possa chamar a atenção das partes quando estas caminhem para um acordo manifestamente injusto ou desequilibrado. O comprometimento do conciliador e do mediador deve ser com o processo, e não com alguma das partes.

Por outro lado, as partes têm o direito de escolher e de recusar o mediador ou o conciliador, assim como este terceiro deve informar às partes os fatos que possam prejudicar a sua imparcialidade. Neste caso, sendo a vontade das partes ou sentindo o mediador ou o conciliador que não pode respeitar integralmente o princípio da imparcialidade, o terceiro deve afastar-se do processo.

Em relação à mediação e à conciliação promovida no âmbito dos Tribunais, a independência e, conseqüentemente a imparcialidade, do juiz são obtidas através da observância de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, bem como de certas proibições, como de exercício de outros cargos ou funções (salvo uma de magistério); de recebimentos de custas, participação em processo, auxílios ou contribuições, salvo exceções legais; de dedicação a atividade político-partidária; de exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual o juiz se

afastou, antes de decorridos 3 anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (artigo 95, CF) (BRASIL,1988).

Nas conciliações e mediações realizadas fora do âmbito dos tribunais, o princípio da qualificação do mediador e do conciliador justifica que sejam observadas garantias de independência nos regulamentos das entidades privadas que promovam formas de solução alternativa de litígios, como por exemplo, o exercício da função durante determinado período de tempo previamente estabelecido.

Nas Comissões de Conciliação Prévia, a lei prevê a observância de mandato de um ano aos conciliadores, permitida uma recondução (artigo 625-B, III, CLT). Em qualquer hipótese, deve-se aplicar aos mediadores e conciliadores as mesmas restrições impostas aos juízes quanto às situações de impedimentos e suspeições. A não observância de princípio nominado como da qualificação do mediador e do conciliador importa não apenas na nulidade do processo e conseqüentemente do acordo ao quais as partes chegaram como na responsabilidade do mediador e do conciliador que não observaram as exigências para o desempenho de sua função.

2.4.11 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra fundamento no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Se a lei não possui tal poder, pode-se entender que tampouco a vontade das partes poderá prevalecer quando algum direito sofrer lesão ou ameaça.

Em outras palavras, não é possível a criação de obstáculos ao cidadão na busca de seus direitos perante o Poder Judiciário. Antes que se possa argumentar que a admissão de um princípio desta natureza venha a desconstituir todo o interesse em meios de solução de litígios que buscam justamente afastar as partes da utilização do sistema judiciário, afirma-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo contrário, gera uma garantia de que os processos de mediação e de conciliação servirão efetivamente para solução adequada de controvérsias, com efetiva observância de seus princípios gerais (PORTANOVA, 2005).

As nulidades e as responsabilidades pelo desrespeito aos princípios gerais do processo podem, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ser conhecidos. Trata-

se de um princípio que acaba por reforçar a necessidade de que os demais princípios nominados sejam de fato aplicados no processo. A não observância deste princípio pode ensejar a consolidação de equívocos ou injustiças encobertas por acordos resultantes da conciliação ou mediação, obtidos sem observância dos princípios gerais destes processos.

3 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DO CONFLITO ATINENTES À MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O homem é um indivíduo caracterizado pela sua vocação para a sociabilidade e singularidade de formação e comportamento. Em razão disto, é natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam marcadas por divergências de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares, profissionais), as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito.

Justificadas pela inegável existência de interesses contrapostos no tecido social e necessidade de proteção contra a própria barbaridade humana convencionou-se a criação de normas de convivência capazes de regular as relações humanas e aplicar sanções aos violadores do seu conteúdo em face de um descumprimento, qual seja o Direito. Extrai-se daí, portanto, o famoso brocardo de que não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*).

Independente das forças influenciadoras do conteúdo normativo e da nítida reprodução do modelo impositivo dos valores e interesses dos grupos dominantes em vários modelos sociais há certo consenso doutrinário quanto à missão do Direito: promover a paz social. Sendo o detentor de uma função ordenadora de interesses difusos, deve perseguir, ainda, a cooperação entre os indivíduos e “harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”.

Todavia, a simples existência de uma ordem jurídica é insuficiente para materializar o ideal de justiça, afinal, o Direito é operado pelos homens e, se a estes não couber ação promotora dos ideais eleitos como importantes e reconhecidos pelo grupo social (norma) inútil serão o catálogo de normas existentes. O mecanismo de resolução deste impasse foi o surgimento evolutivo de técnicas de solução de conflitos, desde a autotutela, autocomposição, arbitragem e jurisdição.

Com o fortalecimento do Estado enquanto ente abstrato dotado de capacidade de organização político-institucional com o fim de reconhecimento e proteção universais dos seus nacionais sucedeu-se um incremento do seu poder na disciplina das relações privadas e, por consequência, a importância da participação da jurisdição como meio de solução de litígios. Ademais, com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e a dinamicidade socioeconômico-científica, constatou-se a necessidade de se ter órgãos

consolidados, dotados de independência e imparcialidade com o fito de solucionar lides cada vez mais complexas.

Na atualidade, a jurisdição enquanto monopólio estatal na distribuição de justiça (o que não invalida a utilização de outros meios alternativos na composição dos conflitos) tem sido praticamente o único meio utilizado pelos indivíduos na solução de suas contendas e funcionado como um poderoso instrumento na garantia e concretização de direitos encartados nas Constituições. Porém, ainda nesse mesmo cenário também é possível detectar uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro super órgão capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos. No descrito contexto edifica-se a crise do sistema judicial brasileiro, especialmente pela sua incapacidade em atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira.

Ocorre que os instrumentos de viabilidade da jurisdição – o direito de ação e o processo – têm servido por vezes de vinganças personalíssimas, tornando o Poder Judiciário não apenas de aplicador da lei abstrata e impessoal, mas de palco de rixas pessoais, íntimas e odiosas, quando não uma verdadeira loteria jurídica, ad exemplum a ‘indústria dos danos morais’. Em agravo a esta realidade, os órgãos responsáveis pela distribuição de justiça não conseguiram acompanhar o processo de globalização que bate às portas também nos provimentos jurisdicionais.

Enquanto empresas, trabalhadores, consumidores e Estados interagem entre si num ritmo assaz célere, potencializando o surgimento de lides, os tribunais encontram-se afogados em milhares de processos e estes, por sua vez, baseados em legislações processualistas truncadas e de cunho protelatório. Tem-se também uma quantidade de magistrados, servidores e bens insuficientes para atender ao tratamento constitucional dado aos processos judiciais e administrativos.

Abstraídas questões de ordem estruturais e técnicas, bem como procedendo a uma análise inicial, é tranquila a afirmação de que, embora a jurisdição tenha como alvo magno a pacificação social e solução do caso concreto submetido ao Estado-juiz há certa distorção de valores no manejo dos conflitos tanto por parte dos sujeitos ativos e passivos da relação processual quanto dos próprios membros do aparato estatal. Nesse sentido, pertinente o escólio de Dinamarco, Cintra e Grinover (2013):

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coadunar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da sociedade. Isso não quer dizer, contudo, que seja essa mesma a motivação que leva as pessoas ao processo. Quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeita que o demandante vem buscar no processo. A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesmas, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

Sem maiores esforços interpretativos, clara, de acordo com a lição transcrita, é a dupla função da jurisdição: pacificação social e composição justa do caso concreto. A problemática surge quando há um desvirtuamento da atividade jurisdicional para atender apenas o segundo objetivo.

Por vezes olvida-se a aplicabilidade das funções referidas em cada ato processual. Manuseia-se o processo como um meio afiado que serve como algoz dos fins originariamente propostos e não como dotado de seu caráter meramente instrumental. Ele não é um fim em si mesmo, cabe lembrar, mas viabilizador de uma dialética de interesses, a qual demanda uma resposta compositiva da controvérsia, seja numa perspectiva harmoniosa ou condenatória, constitutiva e declaratória. Em outras palavras, o conflito submetido ao Judiciário ao invés de ser encerrada da maneira mais pacífica possível torna-se ainda mais agravado pela má utilização dos instrumentos processuais disponibilizados pelo arcabouço jurídico.

Em outra via, a solução pacífica pode ser alcançada por outros meios não judiciais, no intuito de se acessar à Justiça (e não o Judiciário nos termos antes propostos). Isto porquanto embora se tenha destacada a dupla função jurisdicional, o que se quis demonstrar é que toda ação promovida para a justa composição das controvérsias deve se pautar num modelo de paz social orientado não para o fim do conflito de interesses em si, mas pacificação das relações humanas por ora harmonicamente desequilibradas.

O incremento das interações humanas naturalmente promoveu a potencialidade dos litígios. Os últimos cento e cinquenta anos têm sido marcados por um acentuado intercâmbio entre os povos - regidos sob os auspícios da revolução científica e tecnológica - o que proporcionou o avanço das práticas mercantis e expansão dos mercados consumidores. Ao mesmo tempo, os sistemas de informações, devido à massificação da mídia e cibernética especialmente, crescem numa velocidade nunca antes experimentada.

Diante de todo este processo de dinamicidade pós-moderna, é comum que as relações humanas também sejam exponencializadas, hora pela difusão mais profícua da informação e conseqüente esclarecimento dos direitos subjetivos que cada cidadão ou pessoa jurídica é detentor ou, ainda, pelo incentivo a uma cultura de judicialidade. O resultado concreto da combinação desses fatores é um Poder Judiciário em crise e incapaz de atender satisfatoriamente às demandas que lhe são submetidas em virtude da qualidade da prestação jurisdicional, em especial quanto ao aspecto duração do processo e grau de satisfação das partes com a sentença proferida.

A já mencionada pacificação social deve ser perseguida e para seu devido alcance é imprescindível o conhecimento teórico acerca das origens e manifestações práticas acerca do conflito como vetor de compreensão exata do nascimento do conflito e sua possível solução.

Nesse cenário, é imperioso que o agente público responsável pela solução do litígio esteja devidamente qualificado sob a ótica do conhecimento acerca de seu objeto de trabalho para que nele possa operar adequadamente.

O objetivo final de se ter o domínio das teorias do conflito finca-se na resolução dos conflitos mediante a instrumentação de uma técnica de pacificação em todos os procedimentos, sejam eles judiciais ou não. Porém, uma proposta responsável de manejo resolutivo das divergências humanas não poderia olvidar o estudo, ainda que sintético, do instituto principal ora em enfoque, de modo a trazer à baila fundamentos científicos para a compreensão exata do seu tratamento pela Ciência Jurídica.

O Direito cuida essencialmente de algumas formas de resolução, notadamente com maior ênfase à Jurisdição como mecanismo dissipador das contendas, mas urge que se desperte para um novo tratamento da matéria, mormente pelo novo grau de importância conferido pelos órgãos promotores de políticas públicas judiciárias aos vetores compositivos do conceito de conflito. Isto porque tanto o magistrado, mediador, árbitro e até mesmo as partes, ao conhecerem os esboços teóricos do nascimento e

exteriorização dos conflitos, passam a ser qualificados como sujeitos com maior substrato e técnicas das problemáticas que lhe são apresentadas.

3.1 Conceito de Conflito

A primeira noção que se deve ter sobre as interações sociais existentes em qualquer povo podem se suceder por intermédio de duas formas básicas: a cooperação e o conflito. Aquela resulta de modelos ideais de interatividade movidos essencialmente pela não resistência aos interesses ou direitos de determinadas pessoas. Traduz-se, em regra, no adimplemento espontâneo das obrigações e compreensão exata da legitimidade do outro para exercer seus intulamentos e atuar sobre os bens da vida a ele correlacionados.

O conflito é a negação da cooperação. Conceituá-lo é tarefa hercúlea. Demanda cuidados, responsabilidade e destreza, pois segundo Norberto Bobbio “qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de Conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem”. Maurício Godinho Delgado leciona que o processo de definição de um fenômeno envolve dois elementos fundamentais: a declaração da estrutura essencial com seus respectivos componentes e o vínculo que os une.

Dado o caráter polissêmico transdisciplinar do conceito de conflito, para que seja atingido o escopo de sua definição, considerar-se-ão os distintos enfoques. Ainda que grande partes das definições tomem por base o elemento da conduta como ponto de partida, é possível vê-lo sob um prisma linguístico, jurídico, sociológico, cultural e psicológico ou comportamental. Nesse contexto, o conhecimento das teorias do conflito é indispensável para o entendimento das respectivas definições. De acordo com o Dicionário Online Michaelis (2011), o termo tem origem na locução latina *conflictu* e significa:

1. Embate de pessoas que lutam. 2. Altercação. 3. Barulho, desordem, tumulto. 4. Conjuntura, momento crítico. 5. Pendência. 6. Luta, oposição. 7. Pleito. 8. Dissídio entre nações. 9. Psicol Tensão produzida pela presença simultânea de motivos contraditórios; segundo a psicanálise, há em todo conflito um desejo reprimido, inconsciente. 10. Sociol Competição consciente entre indivíduos ou grupos que visam a sujeição ou destruição do rival

Percebe-se que a literalidade do termo engloba uma série de definições, por vezes até distantes, as quais poderiam ser resumidas como dissenso, contraposição de ideias. Embora a definição meramente linguística não seja de toda técnica e aplicável ao presente estudo, dela já é possível extrair o há de se considerar aqui o primeiro elemento do conflito: a oposição. É essência do instituto a divergência de opiniões e pleitos que, necessariamente, numa primeira leitura são incompatíveis.

Contudo, dada a amplitude dos estudos dispensados ao tema, é inegável que o simples dissenso não expressa toda a densidade gnosiológica que o conflito requer. Do ponto de vista jurídico utilizam-se como sinônimos as designações conflito, controvérsia, contenda, em regra aliadas ao interesse sendo que estes envolvem necessariamente uma insatisfação que, por seu turno, gera uma tensão. Compreendem-se os conflitos de interesses a partir de ideias e desejos contrapostos cujo objeto é um bem da vida.

Nas palavras de Dinamarco, Cintra e Grinover (2013): podem ser entendidos como:

situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso) .

3.2 A Crise do Acesso do Poder Judiciário e Surgimento da Mediação no Brasil

Em verdade, o desenvolvimento histórico do Estado moderno em sua atual feição de Estado Democrático do Direito, no que se inclui o Brasil, impulsionou o deslocamento do centro de decisões do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário. Este passou a ser visto como o último (ou único) dos recursos dos cidadãos para garantir a efetivação de direitos não realizados pela atuação dos outros poderes, porém previstos na Constituição (BEZERRA, 2011). Tão logo se imagina esta perspectiva, aliada a ampliação das complexidades das relações humanas, abarrotou o Poder Judiciário de demandas que não foram suportadas, de modo que vivencia-se atualmente, no Brasil, uma crise estrutural no Poder Judiciário e uma crise ao próprio acesso à justiça.

Ademais, a ordem jurídica – por demais ritualizada e dogmática, fulcrada no convencionalismo de sua lógica individualista e de sua racionalidade formal –, não

conseguiu acompanhar o ritmo crescente de transformações aceleradas, da criação de constantes e maiores necessidades, de reivindicações por que passa a sociedade, representando normalmente o interesse exclusivo de uma minoria burguesa. A ordem jurídica já não consegue se comunicar a toda população, gerando entraves ao acesso do órgão estatal jurisdicional (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

A própria estrutura suntuosa dos prédios do Poder Judiciário, a ausência de conhecimento por parte da população sobre os processos burocráticos, a linguagem formal rebuscada utilizada, os altos custos de litigação, a lentidão dos processos judiciais representam, também, outros fatores relevantes que implicam na ausência de efetividade do direito ao acesso ao Poder Judiciário e, por consequência, ineficácia no atendimento do acesso à justiça (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Diante da crise que assola o Judiciário, este tentou reagir realizando uma série de reformas judiciais, assegurando a assistência judiciária gratuita, a criação de novos instrumentos que possibilitam a representação em juízo para os interesses difusos e a instituição de Juizados especializados com ritos especiais. Tais reformas foram de extrema importância, contudo, não foram suficientes sequer para garantir a efetividade do escopo meramente jurídico da jurisdição, e muito menos para garantir o efetivo acesso à justiça a toda população ou a sua grande maioria (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Assim, tais fatos induziram ao entendimento de que o Estado não é suficiente – como único centro de poder – para garantir a resolução de conflitos e efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, especialmente aqueles localizados nas comunidades mais carentes e marginalizadas (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

A partir dessa conjuntura, verificou-se o surgimento de duas novidades: um (novo) centro de poder – a sociedade organizada (ou emancipada) e (novos) instrumentos processuais (que podem ser manuseados por este novo centro), para satisfazer a solução de conflitos, a promoção de direitos e deveres fundamentais – através de ações legais e pacíficas. A sociedade civil organizada aparece muitas vezes fundamentada na participação comunitária, localizada nas regiões mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso, sendo reconhecida por centros de organização comunitária. Os novos processos – a exemplo, por excelência, da mediação – visam à utilização de procedimentos compatíveis com a estrutura destas organizações (WOLKMER, 1997). Com efeito, dá-se vazão à mediação comunitária como um processo paralelo ao processo judicial – mas que a ele não se opõe – o qual tem

apresentado diversas vantagens tais como: celeridade, agilidade, informalidade, flexibilidade, baixos custos, proximidade geográfica das zonas marginalizadas.

Tais instituições comunitárias conseguem com maior eficiência e rapidez, suprir com vantagem lacunas deixadas pelo Poder Judiciário, configurando-se em uma resposta natural à incapacidade da Justiça oficial do Estado de absorver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos e de decisões judiciais. Logo, a crise do acesso ao Poder Judiciário, favorece (paradoxalmente) o surgimento de organizações alternativas não institucionalizadas, fundamentadas na participação comunitária, justamente nos locais mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso.

Vale dizer que sendo essa transformação protagonizada por agentes sociais comunitários localizados nas regiões mais carentes, devidamente organizados e articulados em instituições, necessitam elas utilizar procedimentos compatíveis com sua estrutura. Portanto as organizações comunitárias utilizam processos alternativos em relação ao processo judicial estatal (WOLKMER, 1997). Dentre estes, vale ressaltar ser a mediação de conflitos o processo informal e efetivo de resolução de conflitos e garantia de direitos, por excelência, a saber. Tem-se, pois, a representação da modalidade de mediação conhecida como mediação comunitária, configurando-se como um exemplo de mediação na sua mais pura essência.

Assim é que a mediação floresceu no Brasil, nas regiões mais pobres, (assim como em outros países), envolta às classes mais prejudicadas e preteridas do acesso à justiça – tanto em seu sentido formal (que compreende o acesso ao Poder Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional de um direito), quanto material (que se constitui no “acesso à justiça propriamente dita”, e importa no “efetivo acesso à justiça”, por meio da efetivação da democracia e dos direitos fundamentais) (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Daí decorre a falsa crença de que este processo apenas pode ser utilizado por populações marginais, em questões de menor complexidade, que envolvem famílias e vizinhos, que em especial possuem uma forte ligação Interrelacional. No entanto, esta visão é equivocada e ultrapassada, eis que a cada dia a mediação torna-se um instrumento útil e favorável para solucionar os mais diversos tipos de conflitos (a saber: familiares, civis, consumeristas, trabalhistas, ambientais, entre outros), protagonizados pelas mais diversas personalidades (pessoas físicas ou jurídicas).

Nesse sentido, vale dizer que muito embora a mediação tenha surgido em espaços comunitários e de forma voluntária, logo a sua fundamentação de solução através do diálogo atingiu conflitos de médio e grande porte, sobre matérias diversificadas, abrindo-se um campo vasto para a realização de mediação extrajudicial.

As vantagens para pessoas físicas ou jurídicas de direito privado era tamanha. Isto se deve a diversos fatores, a exemplo da confidencialidade. No Brasil, o processo judicial é público (sendo que em raras exceções concede-se a opção do “segredo de justiça” à lide). Desta feita, a mediação apresentou-se como uma forma discreta de solução, que ajudava a preservar a imagem dos envolvidos, o que muito interessa ao mundo empresarial. Ademais, nem todos os conflitos podem aguardar o transcurso extremamente lento de um processo judicial, de maneira que é muito comum a necessidade de resolução objetiva e eficiente de casos, apresentando a mediação mais esta vantagem. Até mesmo os custos eram mais privilegiados na mediação, já que, sendo mais curtas, as despesas correrão por menos tempo, assim como todo o desgaste de energia.

É evidente que o principal atrativo era a possibilidade de resolver diretamente, sem ter que contar com a indefinição e desconhecimento de uma decisão futura ofertada por um terceiro. Logo, através da mediação as partes perceberam ter a possibilidade de resolver de modo participativo, direto, simples e ágil um conflito – com base na comunicação e com a possibilidade de restabelecimento ou transformação da relação.

3.3 Novos Espaços Conquistados pela Mediação no Brasil

O instituto da mediação, embora utilizado por instituições privadas no Brasil desde a década de noventa, foi (apenas) recentemente reconhecido pelo Poder Judiciário. Fato é que os resultados e benefícios computados pela mediação no âmbito extrajudicial conquistaram a consciência e credibilidade deste ente Público. Este e outros processos alternativos de resolução de disputas estão sendo cada vez mais reconhecidos e absorvidos pelo Poder Judiciário, com vistas a amenizar a crise deste sistema ou oferecer novas bases de estruturação – afinal, o que importa precipuamente são a pacificação, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação do jurisdicionado.

Nesse sentido, vivencia-se atualmente no Brasil o momento do marco legal da mediação, a partir da produção de bases normativas. Estas objetivam: regulamentar o processo de mediação, para oferecer maior segurança jurídica aos procedimentos; estabelecer diretrizes capazes de estabilizar uma política pública de disseminação no Poder Judiciário; e fomentar a sua utilização em diferentes espaços, públicos e privados, para tratar de diversos tipos de conflitos.

As principais normas gerais são: a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Muito se têm discutido sobre estas normas, suas possíveis deficiências e potencialidades. Vale ressaltar que este trabalho não comporta a análise detalhada e profunda de cada uma dessas normas (com seus artigos e incisos). Em verdade, nas linhas seguintes, almeja-se pontuar alguns itens relevantes, que tem impactado ou gerado polêmica no mundo jurídico.

3.3.1 A Resolução N.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

A Resolução n.º 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário, atrelando orientações para todos os Tribunais brasileiros. Esta foi a primeira tentativa de estimular o Poder Judiciário a incorporar a mediação e oferecer este método diretamente à população como forma de solução de problemas. Esta Resolução faz parte de um programa conhecido como “Movimento pela Conciliação”, que visa influenciar na mudança paradigmática da cultura do litígio para a cultura do consenso, estimulando a busca por soluções mediante à construção de acordos.

Para tanto a Resolução n.º 125/2010 dispõe sobre a rede para tratamento adequado dos conflitos, estabelecendo que cada tribunal deverá ter dois órgãos: i) o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; e ii) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos. O primeiro órgão é responsável pelo fomento aos métodos consensuais naquele tribunal, criando políticas internas, qualificando a equipe técnica e multiplicando esta proposta. Já o segundo órgão deve funcionar como câmaras para administração propriamente dita dos conflitos.

Visando a padronização da política pública no Poder Judiciário, a Resolução n.º 125/2010 estabelece os princípios da mediação e da conciliação no âmbito judicial, um

Código de Ética para mediadores e conciliadores judiciais, bem como o conteúdo detalhado de um programa pedagógico de cursos de formação específica de mediadores e conciliadores judiciais.

Informa-se que esta Resolução, quando publicada ainda em 2010, inovou quando estabeleceu outras formas de administração de conflito, ao lado do processo judicial, para garantir o acesso à justiça, sendo este a mediação, que por sua vez evidencia-se como um processo justo, adequado, devido, com garantia a direito e deveres, bem como com atenção à satisfação do jurisdicionado. Nesse sentido, *in verbis*

Consolida-se no Brasil, então, com Resolução 125/2010 a implantação do chamado Sistema Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito (CAHALI, 2013, p. 53).

Como evidenciado, o foco da Resolução n.º 125/2010 encontra-se atrelado à tentativa de atendimento do acesso à justiça, através da satisfação do público, com serviços de pacificação social. Assim, “estabeleceu-se que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos por heterocomposição ou auto composição.” (AZEVEDO, 2015). Nota-se, pois, que o acesso à justiça está mais relacionado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) a respeito do resultado final do processo de resolução de conflito, do que com o mero acesso ao Poder Judiciário (personificado em uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto) (AZEVEDO, 2015).

Esta Resolução influenciou bastante para o início da propagação de uma cultura de consenso e de diálogo voltada à resolução de conflitos, inclusive no interior do Poder Judiciário. Foi o primeiro passo para a transformação de paradigma. Todavia, nem todos os Tribunais iniciaram essa caminhada, de modo que esta Resolução encontrou forte resistência. Por ser uma resolução interna do Poder Judiciário e não uma lei federal, muitos tribunais se delongaram e não realizaram estas atualizações, de maneira que, em alguns Estados, esta não teve aplicabilidade.

3.3.2 A Lei n.º 13.140 de 2015 (Lei de Mediação)

A Lei n.º 13.140 de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares (por via judicial ou extrajudicial) como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta, elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como uma das principais finalidades resolver conflitos de forma simplificada e rápida para ambas as partes e, com isso, reduzir a entrada de novos processos no Poder Judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Sobre a disposição para solução de conflitos junto à Administração Pública, nota-se que esta conquista merece destaque, pois, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o maior litigante do país e que, portanto, mais colabora para abarrotar o Poder Judiciário, é o próprio Estado, através dos entes da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) (SENADO FEDERAL, 2015).

Na realidade, vale frisar, a mediação, por ser um processo que se baseia no diálogo, é permitida para todos os casos e pessoas que comportam resolução por negociação. A norma estabelece que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Especialmente, quando existe entre eles uma relação jurídica pré-existente ao conflito (com perenidade no tempo), a mediação merece ser aplicada.

Esta, através do auxílio de um terceiro imparcial devidamente capacitado e aplicação de técnicas bem elaboradas, facilita o diálogo entre os envolvidos, trabalha com sentimentos e emoções (quando existentes), busca evidenciar os verdadeiros interesses, necessidades, anseios e receios, para que seja possível a criação, pelas próprias partes, de uma solução factível e sustentável no tempo e no espaço, que proporcione satisfação para ambas. Assim, intenta-se não apenas a produção do acordo (embora este seja o resultado culturalmente mais representativo de êxito), mas também a prevenção de novos conflitos, a inclusão social e a pacificação.

Este diploma legal define que a mediação pode ser feita por entes privados (como câmaras privadas de mediação), ou por entes públicos (através da criação de

centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais).

Conforme a lei há a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo judicial. Já na hipótese de demandas já judicializadas, caso a mediação venha a ser concluída antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais – o que estimula a adesão ao método consensual.

Evidencia-se no marco legal que as partes estejam acompanhadas por advogados, para que tenham a exata consciência dos efeitos jurídicos do acordo assinado, podendo atuar com o devido consentimento informado. Este ponto é fundamental, afinal, a autodeterminação está atrelada diretamente ao conhecimento e à conscientização. Quando a mediação for judicial, estabelece a lei que a assistência por advogados ou defensores públicos é obrigatória. Porém, no que tange à mediação extrajudicial, a lei apenas recomendou a participação dos advogados, mas não condicionou à realização da sessão às suas presenças. Deste modo, a participação dos procuradores é sugerida, mas não obrigatória. Na mediação extrajudicial, esta se torna obrigatória somente no caso de uma das partes comparecer à sessão devidamente assistida (quando então deve ser a sessão suspensa para que a outra parte tenha a possibilidade de se instrumentar com um procurador ou defensor).

Os critérios utilizados para qualificação do mediador judicial divergem daqueles referidos ao mediador extrajudicial. Estabelece-se que os mediadores extrajudiciais podem ser qualquer pessoa que tenha a confiança e credibilidade das partes, bem como a capacidade técnica necessária para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou entidade de classe. Já o mediador judicial deverá ter graduação completa há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Por fim, cumpre ressaltar que a grande novidade da lei de mediação é a prerrogativa de que ela poderá ser feita pela internet, ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. (MEDIACAONLINE, 2015).

A partir desta lei, conhecida como Lei de Mediação ou Marco Legal da Mediação no Brasil, acredita-se que haverá uma expansão da utilização da mediação no âmbito judicial e extrajudicial. Estima-se que a regulamentação desse instrumento irá conferir maior segurança jurídica aos seus usuários, sem falar no fato de que sua utilização pelo Poder Judiciário conferirá às suas resoluções e termos de acordo um status jurídico agora inexorável.

Todavia, questiona-se, em contrapartida, se uma regulamentação e se uma incorporação pelo Poder Judiciário são de fato elementos capazes para conferir um “selo” de garantia de desempenho à mediação. De fato, não há que se discutir, estas são conquistas e circunstâncias relevantes. Porém, não se deve jamais esquecer ou afastar as verdadeiras raízes, origens e heranças da mediação: essencialmente extrajudicial, simples, ágil, particularizada e informal. Deve-se cuidar para que o Novo Marco Legal, na medida em que proporcione a expansão, não o faça a respeito de uma “nova” faceta, por demais ritualizada, engessada, padronizada. Mas sim, que efetivamente, fortaleça o instituto como celebrado em sua essência.

3.3.3 Processo de Elaboração do Novo Código de Processo Civil e suas Diretrizes

A reforma do Processo Civil em vários países como a Áustria, Alemanha, Inglaterra e Espanha, enfatizaram a fase preparatória com o intuito de refinar questões endoprocessuais de fato e de direito, e uma vez restada frutífera em diversos países europeus, a adoção de medidas como a audiência preliminar de conciliação, geram a expectativa de desobstruir o Judiciário.

Entretanto, esse tema não é inédito no Direito Processual Civil Brasileiro, pois, de acordo com a constituição do império (1824), já era necessária a realização da conciliação para a propositura de uma ação, é o que demonstra no art.161: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”.

Na mesma esteira, o Decreto nº 737/1850 continha em seu art. 23:

Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceutam-se: § 1º As causas procedentes de papeis de credito comerciais, que se acharem endossados (art. 23 do Titulo único Código).

§ 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscais dos falidos durante o processo da declaração da quebra (art. 838 Código), os administradores dos negociantes falidos (art. 856 Código), ou falecidos (arts. 309 e 310 Código), os procuradores públicos, tutores, curadores e testamenteiros.
§ 3º Os atos de declaração da quebra (cit. art. 23).
§ 4º As causas arbitrais, as de simples ofício do Juiz, as execuções, compreendidas as preferências e embargos de terceiro; e em geral só é necessária a conciliação para a ação principal, e não para as preparatórias ou incidentes (Tít., 7º Código).

Uns dos pioneiros doutrinários a tratarem sobre o tema foram juristas como Giuseppe Chiovenda, o qual afirmava que, “tanto maior será a probabilidade de êxito da conciliação, quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta”, já demonstrando sensível aversão ao uso de tais meios no âmbito extrajudicial.

Em contraponto, afirmou Francesco Carnelutti (1944) em sua obra, *Sistema de Direito Processual Civil*, que a maneira mais adequada para solucionar uma demanda judicial seria a resolução justa do conflito, evitando-se a degradação funcional do juiz interveniente. Outros dois juristas a serem recordados neste rol de clássicos doutrinadores, são Giuseppe de Stefano (1959) mencionando a importância da equidade e de um mediador qualificado para solucionar os processos de auto composição, bem como Enrico Tulio Liebman (1932), que afirma que o juiz não poderá a bem da equidade negar-se a homologar um acordo oriundo da conciliação ou mediação.

Cândido Rangel Dinamarco (2001), antes mesmo de ser pensado um modelo novo de Código Processo Civil, priorizou como uma das características mais importantes a ser implantada no Processo Civil Brasileiro, a inclusão da conciliação entre os deveres fundamentais do juiz, e a audiência preliminar destinada à tentativa de conciliação e saneamento do processo.

O Conselho Nacional de Justiça tem adotado a postura no sentido de implantação de uma política de meios alternativos de solução de conflitos, pois ao publicar a Resolução nº 125/2010 – a qual dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário – incentivando assim a eficácia e celeridade do Acesso à Justiça bem como adotando providências para que tal procedimento seja efetivamente adotado.

O novo Código de Processo Civil originou-se por meio do ato nº 379 de 2009, o qual o Presidente do Senado Federal, José Sarney, encarregou uma Comissão de juristas – sob a direção do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux – pela elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Civil.

O projeto de Lei passou pelos devidos procedimentos legislativos, sendo aprovado no Senado em 20 de dezembro de 2010 (Projeto de Lei do Senado número 166/2010) e na Câmara em 26 de março de 2014 (Projeto de lei nº 8.046/2010), sendo encaminhado novamente ao Senado, que o aprovou em 16 de dezembro de 2014, finalmente sancionado pelo Poder Executivo em 16 de março de 2015, ocasião em que foi elevado a Lei ordinária de número 13.105/2015.

Estabeleceu-se que o período de vacância da referida lei seria de um ano, sendo exigível somente a partir do dia 17 de março de 2016, desta forma, o tema se tornou assunto de suma importância aos operadores do Direito, que devem se adaptar ao Novo Código.

Segundo o Senado, o escopo dos poderes ao modificarem o antigo Código foi de favorecer o Processo Civil garantindo acesso à justiça mais célere, tornando este efetivo e evitando demasiada burocracia bem como modernizar os atos processuais; o referido diploma deverá atender aos anseios dos cidadãos ao proporcionar uma resposta mais rápida do estado diante dos litígios que o são apresentados.

O Novo Código foi elaborado a partir de uma perspectiva democrática, pois foram realizadas diversas audiências públicas e recebidas várias sugestões dos mais variados segmentos, além de contar com a realização de conferências, recepcionando assim, os interesses de todos aqueles que fruirão do Novo Código.

O desafio maior, para os integrantes da Comissão de Juristas, foi confeccionar um Código de Processo Civil que revivesse a confiança do povo na promessa constitucional de justiça, sendo apontado como principais obstáculos o enorme volume de ações judiciais e de seus recursos, bem como os demasiados formalismos processuais que causam a divagação na prestação jurisdicional.

A Comissão Elaboradora identificou as causas geradoras da crise judicial e estabeleceu cinco objetivos que nortearam a busca de soluções para os atuais problemas: a aproximação do Processo Civil Junto à Constituição Federal, incluindo também os princípios constitucionais ao Novo Código; possibilitar ao magistrado reais condições de proferir uma decisão mais sensata à realidade fática; facilitar o processo e assim, reduzir subsistemas complexos; potencializar o rendimento de cada processo; e, por fim, sistematizar a matéria conferindo-lhe maior coesão.

Fora também analisado a simplificação do Processo Civil e redução de subsistemas complexos, sendo uma das medidas mais transformadoras a inclusão da audiência preliminar de conciliação ou mediação nos processos de conhecimento, que

destinou o Capítulo V (Livro I) para tratar sobre a possibilidade das partes transigirem mesmo diante do judiciário. Neste viés, está o art. 334, *caput*, da Lei nº 13.105/2015 que:

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.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

[...]

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015) expuseram em sua obra acerca da audiência preliminar no Brasil, que se deu com a aprovação da Lei nº 8.952/1994, que inclui o Código de Processo Civil de 1973, da seguinte forma:

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Portanto, o referido código elevou os meios alternativos de solução de conflitos a um ato judicial a ser realizado no processo de conhecimento, mas a critério das partes, diferentemente do código anterior que não permitia a rejeição da parte à conciliação, o Novo Código visou, portanto, evitar a movimentação desnecessária do judiciário com a implantação da audiência preliminar.

Ainda segundo o pensamento dos referidos autores a inclusão desse novo formato de audiência preliminar de conciliação ou mediação “traz um meio-termo entre a necessidade de conciliação e o poder da parte de decidir como conduzir seus interesses no processo”, ou seja, o Estado cumpre seu papel de incentivar a conciliação, sem deixar de garantir o acesso à justiça.

Através deste diploma legal houve a institucionalização da mediação nos processos judiciais, conhecida como mediação judicial. O principal objetivo desta inovação é conferir celeridade à resolução dos conflitos. Nesse sentido, o Novo Código traz dentre as suas principais mudanças o amplo incentivo aos métodos auto-compositivos, originariamente, executados em esfera extrajudicial.

De acordo com essa lei, todos os Tribunais deverão ter Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, que deverão realizar sessões de mediação e conciliação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Vale dizer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também deverão instituir câmaras de mediação e conciliação, com funções semelhantes no âmbito administrativo. Estes centros irão contar com profissionais considerados, pela nova Lei, como auxiliares à Justiça, sendo estes o mediador e o conciliador judicial (FRANCO, 2015).

A lei sancionada discrimina as diferenças entre as funções do conciliador e do mediador. De acordo com a lei, o conciliador tem a possibilidade de realizar sugestões de solução e deverá trabalhar preferencialmente nos casos em que não há vínculo prévio entre as partes ou uma relação continuada no tempo. O mediador, por sua vez, deverá atuar preferencialmente nos casos em que os conflitantes possuem uma relação permanente e não pode realizar sugestões. Tem como função precípua a restauração da comunicação entre as partes, para prevenção de novos conflitos e transformação da relação com restabelecimento dos vínculos (FRANCO, 2015).

Cada Tribunal será responsável pela capacitação, ingresso, exclusão dos profissionais que irão integrar o Corpo de Mediadores e Conciliadores Judiciais. Existe inclusive a prerrogativa de que os Tribunais poderão operar este cadastro mediante a realização de concurso público de provas e títulos.

O grande desafio do Poder Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será capacitar profissionais para atuarem a partir da vigência da nova Lei, devendo ser estes bem dotados tecnicamente e harmonizados com as diversas esferas dos Direito.

É imprescindível dizer que a conciliação e a mediação judiciais deverão coexistir com modalidades extrajudiciais de mediação e conciliação, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, além de outros métodos de solução de conflitos, como a arbitragem (FRANCO, 2015).

Nesse aspecto, nota-se que o Novo Código de Processo Civil objetiva estimular não apenas a conciliação e mediação judicial, mas sim todas as formas de solução auto compositivas de conflitos, especialmente a mediação extrajudicial. Logo, o Novo Código de Processo Civil oferece um novo mercado para advogados (consensual) e uma nova profissão para a comunidade (mediador e conciliador).

O Novo Código de Processo Civil estabelece princípios da mediação e detalha, especialmente, sobre a confidencialidade. Esta deve recair sobre todas as informações transmitidas, para que as partes tenham a confiança de que nada que seja dito poderá ser utilizado contra elas em outras esferas. Sendo a mediação um processo baseado na comunicação, que deve ser aberta e produtiva, este é um princípio essencial para sua boa produtividade. Outro princípio basilar expressamente citado é a livre autonomia das partes, o que é fundamental para legitimar as decisões produzidas nas sessões pelos sujeitos envolvidos.

O Novo Código também dispõe que a conciliação e mediação devem ser estimuladas pelos Juízes, que deverão encaminhar casos para a resolução auto compositiva, esclarecer às partes e seus advogados sobre a relevância desse método, sendo um importante gerenciador de conflitos. Com efeito, os Juízes poderão encaminhar os casos para solução por mediação judicial, que poderá ocorrer em um dos centros judiciários de resolução consensual de conflitos. Todavia, poderão as parte optar por realizar a mediação com profissional que não esteja cadastrado no Tribunal, efetivando-se, nesse caso, a realização de uma mediação extrajudicial. Dessa forma, através do Novo Código de Processo Civil a mediação sofre impactos positivos, tendo a oportunidade de ser difundida e tornar-se a primeira opção dos envolvidos para a solução de conflitos.

Em países como a Alemanha, Áustria, Inglaterra e Espanha já adotam-se a audiência preliminar de conciliação ou mediação, o que mostra que a inclusão destes institutos no Código de Processo Civil Brasileiro não se deu de forma aleatória, razão esta pela qual se faz necessária a identificação de seus motivos geradores e sua deficiências diante do Novo Código de Processo Civil.

4 ALTERAÇÕES NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DIANTE DA PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A audiência de tentativa de conciliação no Código de Processo Civil de 1973 é realizada após o recebimento da contestação, momento em que também é realizado o saneamento do processo; todavia, com o advento do Novo Código, no art.334 prevê-se que a audiência de conciliação deve ser designada após o recebimento da petição inicial, se não for hipótese do seu indeferimento.

Ainda nos moldes do art. 334 do Novo Código, a audiência será designada pelo magistrado com antecedência de 30 (trinta) dias, e o réu deverá ser citado com, pelo menos, 20 (vinte) dias de antecedência.

De modo geral, as partes devem comparecer juntamente com seus procuradores, para que, diante de um conciliador e/ou mediador, agora ascendidos a auxiliares da justiça, possam dialogar, e uma vez obtido o acordo, o mesmo será reduzido a termo e homologado pelo magistrado, como podemos inferir do dispositivo transcrito abaixo:

Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

O efeito da homologação judicial do acordo é propriamente a ratificação do termo, elevando-o a sentença meritória, título executivo judicial, a qual produz coisa julgada material, portanto, dá ensejo ao ingresso da petição de cumprimento de sentença.

Jones Figueiredo Alves e Misael Montenegro comentam a básica diferença entre a fase postulatória do processo de conhecimento no Código de 1973 e no Código de 2015:

“Desse modo, em ações que versam sobre direito patrimonial, portanto, sobre direitos disponíveis, o magistrado pode, ao invés de determinar o aperfeiçoamento da citação do réu, convocando-o a oferecer defesa (o que de certo modo estimula o litígio), designar dia e hora para realização da audiência de conciliação, tentando pôr fim ao processo na sua origem, evitando que as partes se envolvam com demanda previsivelmente lenta”.

Por este motivo, os mesmos autores entendem que é válida a postura da Comissão Elaboradora do Novo Código, e que a audiência de conciliação/mediação deve ser implantada em todos os procedimentos.

Segundo o entendimento doutrinário, os três principais efeitos da inclusão de audiências preliminares de conciliação e mediação nos conflitos passíveis de auto composição, no novo Código de Processo Civil em seu art.334 são, a diferenciação entre a audiência preliminar de conciliação ou mediação e a audiência de saneamento do processo, a alteração na contagem do prazo para oferecimento de resposta do réu, assim como a obrigatoriedade ou faculdade de comparecimento das partes.

4.1 Desvinculação da Audiência Preliminar de Saneamento da Audiência de Conciliação e Mediação

Com a publicação da lei nº 10444/2002, introduziu-se, pelo atual art. 331 do atual Código de Processo Civil, a audiência preliminar, como ferramenta de colaboração para a efetividade processual, diante dos princípios da economia e da celeridade processuais.

No vigente código de 1973 a audiência preliminar possui uma serie de objetivos, como a aplicação do dever do magistrado de tentar conciliares as partes, assim como o papel de – em caso de ineficácia de conciliação- sanear o processo, fixando pontos controvertidos, e deferindo provas a serem utilizadas no processo.

Ocorre que, como já mencionado por Cunha (2001) nem sempre atua bem o juiz nessa função, ou seja, posição esta não só de oportunizar a conciliação, mas de agente cooperativo, atuando no conflito com o objetivo de autocomposição entre as partes, motivo pelo qual frequentemente é instantânea a negativa à conciliação na audiência preliminar do art. 331, do código de 1973, transpondo diretamente ao saneamento do processo.

No mesmo raciocínio de Cunha (2001), se no código atual efetivamente não é proveitoso por fim ao processo por meio da conciliação, não há necessidade de haver enfrentamento de questões pendentes por meio desta audiência.

Sobre isso Alves e Montenegro (2014) comentam:

“Cabe frisar que quanto à fixação de pontos controvertidos e deferimento das provas não há efetiva necessidade de ser designada audiência para tanto, a qual

ira emperrar novamente o processo, sendo que tais atos podem ser perfeitamente realizados através do enfrentamento das questões de forma escrita”.

Ainda sobre a audiência preliminar de conciliação o saneamento do processo no código de 1973, os autores esclarecem que esse ato processual, na ocasião de sua inclusão em 2002, gerou uma série de transtornos aos advogados que não sabiam se a audiência para quais estavam sendo intimados era a preliminar ou a de tentativa de conciliação.

Tendo em vista que os objetivos desta audiência são completamente distintos (enquanto uma tem a finalidade de conciliar, a outra possui o escopo de sanear o processo), os magistrados solucionaram o problema fazendo constar qual o tipo da audiência no despacho de designação.

Além disto, Carneiro e Pinho (2015) expõe que a redação do artigo 331 geravam muitas confusos acerca de aspectos de tal decisão, dúvidas estas esclarecidas pela nova norma, “de tecnologia bem mais avançada que a anterior”.

Diante de tais assertivas, com o objetivo de tornar eficaz o ato conciliatório, a Comissão Elaboradora do Novo Código e Processo Civil não só separou a audiência de conciliação (agora estabelecida pelo art. 334), do ato e saneamento do processo, como também modificou a forma de enfrentar as pendências.

Em suma, o *caput* do art. 357 do novo código estabelece quais os pontos deverão ser observados pelo juiz no saneamento, quais sejam: resolver as questões processuais pendentes; delimitar as questões de fato sobre quais recairá a atividade probatória; especificar os meios de prova; delimitar as questões de direito para decidir o mérito; e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Isto posto, o artigo 357 do novo código apresenta três vertentes que o processo poderá seguir dependendo dos acontecimentos que sucederem após audiência de conciliação ou mediação.

A primeira hipótese é trazida pelo parágrafo primeiro, na qual menciona que depois de realização o saneamento, os litigantes tem a faculdade de requerer esclarecimentos ou ajustes no prazo de cinco dias.

Ou seja, os legisladores consideraram que na maioria das demandas não é necessária audiência preliminar de saneamento, a qual deveria ser designada excepcionalmente quando for de suma importância, “estabelecendo a regra de que o

saneamento do processo deve ocorrer por decisão do magistrado, isolado em seu gabinete de trabalho”.

O segundo trajeto pelo qual o saneamento do processo pode ocorrer está disposto no paragrafo segundo, também do artigo 357, apresentando a possibilidade das partes levarem à homologação judicial as delimitações das questões de fato e de direito produzidas em antecipada conciliação.

Para Lipiani e Siqueira a inédita incorporação da conciliação antes da fase saneadora do processo gerou a criação de um novo principio, o de respeito ao auto regramento da vontade do processo, isso porque:

“Muita embora a negociação no âmbito processual seja mais limitada e tenha objeto mais restrito do que nas relações de direito privado, por envolver o exercício de uma função pública, não se pode negar que a vontade das partes é relevante para o processo”.

Ainda neste sentido, para as autoras tal princípio provém da garantia advinda de um sistema de proteção do livre exercício da vontade no direito processual civil brasileiro, e é válida uma vez que o processo não presta apenas a dizer o direito sob aspecto público, mas deve atender as necessidades das partes.

Ou seja, neste momento o juiz devera sanear o processo de forma a harmonizar o exercício do poder do Estado e a liberdade individual das partes, e uma vez implícito o principio da cooperação, permitir a participação dos litigantes na solução do conflito.

Ressalva deve ser feita neste paragrafo quanto à conciliação que envolva direitos indisponível, já mencionada anteriormente no presente estudo. Neste aspecto Cury doutrina que “aqui a atividade supervisora do juiz deve ser ainda mais restrita e rígida, não permitindo, jamais, que a convenção feita pelas partes possa prejudicar, mesmo que minimamente, o cenário para que alcance um julgamento adequado”.

Infere-se, portanto, que essa regra nem sempre deve ser aplacada, principalmente no que tange a direitos indisponíveis nos quais envolvam menores de idade, que levará o magistrado a indeferir a homologação pleiteada na fase de saneamento.

A terceira hipótese que trata o art. 357, em seu paragrafo terceiro, é a designação de audiência a de saneamento do processo, em casos em que a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito.

Se for imprescindível a realização de tal audiência devido à complexidade, o saneamento se dará de forma oral, revestido pelo principio da cooperação. Essa terceira

hipótese, para Nery Júnior e Nery (2015) é a retomada, de certa forma, da audiência preliminar do código de 1973, no sentido de que, nela, se procederia ao saneamento.

Mesmo se, em ultimo caso, o processo percorre duas audiências, uma de conciliação e outra de saneamento, não será inválida a tentativa de conciliação do artigo 334. Faria defende que a utilização da ferramenta de conciliação ou mediação judicial deve ser encarada no meio forense “como fator de resolução de processos, não apenas mais uma fase utilizada para retardar a prestação jurisdicional”.

4.2 Obrigatoriedade ou Faculdade de Comparecimento?

No Código de 1973 o comparecimento das partes e dos seus advogados à audiência de tentativa de conciliação não era obrigatório, quando designada nas ações de rito comum ordinário, é o que expõe Alves e Montenegro. O não comparecimento das partes à audiência preliminar não acarreta consequência processual, benefícios este extensivo e aplicado à ausência dos advogados.

A partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, a citação não é mais para que o réu apresente suas respostas, mas sim para que primeiramente compareça à audiência de conciliação e mediação.

Sérgio Luiz de Almeida e Carolina Uzeda Libardoni esclarecem que “formada a relação jurídico processual, as partes estão obrigadas, salvo justo motivo, a se submeterem a audiência de conciliação e mediação para tentar compor o litígio”

Ocorre que diante da cultura do litígio ainda intrínseca nas partes e em seus procuradores, Kazuo Watanabe menciona em sua obra que “muitas pessoas já chegam à audiência com o firme propósito de não realizar o acordo, mesmo antes de ouvir a parte contrária e a eventual proposta”, motivo pelo qual o ato deve ser realizado democraticamente “(Watanabe, 2013)

Desta forma, a Comissão Elaboradora do Novo Código pretendeu sanar esse problema, e adotou o viés que em regra, o comparecimento das partes é recomendado, oportunizando ao autor a manifestação de interesse na petição inicial, acerca da predisposição em conciliar, disposto no art.319, inciso VII.

É importante frisar que a manifestação do autor na petição acerca da realização da audiência de conciliação ou mediação foi elevada a requisito da petição inicial, e por

este motivo, em caso de omissão da parte autora, o juiz deverá determinar à emenda inicial para sanar tal lacuna.

Porém, se o réu, mesmo diante da negativa do autor, acreditar na possibilidade da negociação, a audiência será realizada na data designada pelo magistrado, sendo obrigatória a presença de ambas as partes acompanhadas de seus procuradores.

Além disto, o Novo Código de Processo Civil prevê sanção àqueles que injustificadamente não comparecerem à audiência de conciliação, sendo considerado como ato atentatório à dignidade da justiça, portanto, a eles serão aplicada multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, conforme dispõe parágrafo oitavo do art. 334.

Num primeiro momento tal assertiva atrai o leitor a acreditar que a audiência de conciliação possui caráter obrigatório, todavia a Comissão Elaboradora do Novo Código de Processo Civil incluiu no art. 334 o parágrafo 4º. Inciso I, in verbis: “a audiência não será realizada; se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”.

Desta forma, o legislador assumiu postura que democratizou o procedimento, deixando-o à discricionariedade das partes, porém responsabilizou aqueles que ignorarem o procedimento desconsiderando o comportamento corporativo.

4.3 Os Reflexos na Contagem do Prazo para Oferecimento de Respostas do Réu

O Novo Código modificou a forma pela qual se dará as respostas do réu, objetivando uniformizar o instituto e suas matérias, assim como simplificar o ato, generalizou as respostas do réu utilizando o termo contestação, contudo, sabe-se que os atos à disposição do réu vão mais além do que a mera defesa dos fatos alegados pelo autor, pois a prática do ato é um encargo do réu, que se optar pela inércia, não será forçado a apresentar respostas, mas terá sujeitar-se a consequências.

Em virtude da Nova Lei, houve a unificação da peça de defesa, motivo pelo qual as exceções foram transformadas em preliminares de contestação além da reconvenção também ser formulada na própria contestação, motivo pelo qual a legislação adotou o termo “contestação” como sinônimo de respostas do réu.

Na oportunidade, é importante ressaltar que nada obsta o réu apresentar somente a reconvenção, ocasião em que será peça apartada e autônoma. O mesmo se dará no que

diz respeito às peças de exceção de impedimento e de suspeição, as quais não serão interpostas juntamente à contestação.

Ocorre que em virtude da inclusão da audiência de conciliação do art. 334 os prazos para apresentação da contestação são contados de maneiras diversas, dependendo do sentido que o procedimento conduzir.

A primeira hipótese de contagem de prazo para oferecimento da contestação é a da data da realização da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão quando qualquer parte não comparecer ou não houver autocomposição.

A segunda hipótese de contagem de prazo para oferecer contestação é a do protocolo do pedido de cancelamento da audiência apresentado pelo réu, que deverá fazê-lo até 10 (dez) dias antes da audiência, caso o autor já tenha manifestado seu desinteresse pela sessão de conciliação ou mediação, momento em que a audiência será cancelada, modificando a contagem do prazo para oferecer a contestação.

A terceira hipótese se dará se não houver audiência preliminar, e será contada por meio da forma pela qual se deu a citação do réu, que poderá ser via correio (o prazo será contado da data da juntada do aviso de recebimento), por oficial de justiça (será contado a partir da juntada do mandado cumprido), feita por escrivão ou chefe de secretaria (contado da data da ocorrência), por edital (a partir do primeiro dia útil ao fim da dilação), de forma eletrônica (prazo correrá a partir do dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou ao término do prazo para fazê-lo), por carta precatória, rogatória ou de ordem (prazo se dará da juntada do comunicado ou juntada da carta devidamente cumprida), por Diário Oficial da Justiça (da data publicação), ou ainda quando a citação for feita por meio de carga dos autos (será contado a partir da data da carga).

Além desta série de considerações do dia em que começa a percorrer o prazo para resposta do réu, há de se observar também a quantidade de réus inseridos no polo passivo, vez que se houver mais que um, deverá ser analisada a última das datas que ocorreu a citação.

O novo Código segue o mesmo raciocínio de exigência da manifestação pelo desinteresse da audiência quando houver litisconsórcio passivo, ou seja, o art. 334, parágrafo sexto menciona que todas as partes, sem exceções, devem se manifestar, e na ocorrência de tal hipótese os prazos serão de 15 (quinze) dias para cada litisconsorte, determinados individualmente pela data de protocolo de cada um dos pedidos de cancelamento da audiência.

Tereza Arruda Alvim Wambier (2015) atenta para o fato que a Lei trouxe tal fato complicador na contagem de prazo, ou seja, quando há litisconsórcio passivo as citações podem ser efetivadas em momentos diferentes, contudo, respeitando o prazo de 10 dias de antecedência à audiência, o que quer dizer que um réu poderá protocolar pedido de cancelamento, e o outro réu, que recebeu tardiamente a citação já não terá mais prazo para fazê-lo, motivo pelo qual a audiência de conciliação será realizada mesmo sem o interesse em conciliar (WAMBIER, 2015).

Neste sentido, a Nova Lei deveria ter estabelecido prazo em momento único para os litisconsortes apresentarem suas respostas, ou seja, apenas a data da realização da audiência, visto que em aspectos práticos, o réu não apresentará pedido de cancelamento, o que ensejará de qualquer forma a sua realização, independentemente da pretensão de acordo.

Não é vantajoso por parte do procurador do réu que protocole uma petição de cancelamento da audiência, pois fará com que o advogado perca dias de prazo que ganharia com a concordância da sessão conciliatória. Além disso, o advogado teria que apresentar duas petições, uma de cancelamento, e outra de contestação. Não obstante, o art.229 menciona que os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores terão prazos duplicados, ou seja, 30 (trinta) dias para apresentarem suas respostas.

Sobre o tema, Alves e Montenegro comentam:

“O Procedimento comum ordinário é procedimento que naturalmente estimula o litígio, na medida em que, como resposta ao recebimento da petição inicial impõe a expedição do mandado de citação para que apresente defesa no prazo previsto em lei, sob pena de revelia. Este modelo já está superado, sobretudo nos dias presentes, em que há clamor pela prestação jurisdicional mais célere, por uma humanização do direito, resultados que só podem ser alcançados através da desburocratização do direito processual civil”.

Infere-se, portanto, que no que tange a contagem de prazos relacionados a realização da audiência de conciliação há de se ter muita cautela à sua análise, sopesando aspectos teóricos e práticos, visto que a mera previsão legal do Novo Código pode gerar complicações aos procuradores e às partes em caso de inobservância das singularidades formais deste instituto.

4.4 Principais Inovações em Mediação e Conciliação no Novo CPC

O Código de Processo Civil dedica uma Seção inteira para as formas consensuais de solução de conflitos sob o título “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. Ainda que nos parágrafos do art.165 do referido diploma haja a distinção entre conciliação e a mediação, o diploma processual trata as duas formas consensuais, ao menos em termos de estrutura e procedimento, do mesmo modo, com previsões legais aplicáveis a ambas.

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3.º do Novo Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 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.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação e mediação.

Ainda que por razões óbvias tal seção se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria que elas justamente evitassem sua existência, o diploma processual é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e por consequência a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição.

Tais institutos possuem relevância indiscutível na solução de conflitos em determinadas espécies de crises jurídicas, em particular no direito de família e de vizinhança. A pacificação social pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial (ou arbitral), pois quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos e por consequência o Poder Judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso à ordem jurídica justa.

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Há ao menos três razões que indicam aconselhável distinguir essas duas espécies de solução consensual dos conflitos.

Como primeira e principal diferença tem-se a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes envolvidas na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com “benefícios mútuos” presente no § 3º do art. 165 do Novo CPC. Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a conciliação em termos de geração de pacificação social.

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente.

A última diferença entre a mediação e a conciliação está consagrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do Novo CPC e versa sobre as espécies de litígios mais adequados para a atuação do conciliador e do mediador.

O conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes. Significa dizer que a conciliação é mais adequada para conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm uma relação anterior pontual, tendo a lide surgida justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço.

Já o mediador deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido liame anterior entre as partes. São casos em que as partes já mantinham alguma espécie de

vínculo continuado antes do surgimento da lide, o que caracteriza uma relação continuada e não apenas instantânea entre elas, como ocorre no direito de família, de vizinhança e societário.

4.4.1 Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos

Segundo o art. 165, caput, do Novo CPC, deverão os tribunais criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, conforme vemos abaixo:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, 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.

A iniciativa é interessante por duas razões. Sob a perspectiva microscópica, retira do juiz da causa a tarefa de tentar junto às partes a conciliação e a mediação, ainda que residualmente possa continuar a exercer tal atividade na constância do processo caso seja frustrada a tentativa realizada no início do procedimento pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos. Tal medida é positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou a mediação. Ao criar um órgão que não pode prejulgar porque não tem competência para julgar e formado por pessoas devidamente capacitadas, tais problemas são superados.

Sob a perspectiva macroscópica, a novidade é interessante porque, além da atuação pontual nos processos, o centro judiciário de solução consensual de conflitos

ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas à conciliação e à mediação, em atividade essencial para a mudança da mentalidade litigiosa das partes e de seus patronos.

Os centros previsto pelo dispositivo ora comentado serão vinculados a tribunais de segundo grau na Justiça Estadual e Federal, cabendo a eles a definição de sua composição e organização, nos termos do § 1.º do art. 165 do Novo CPC. Para evitar que as regionalidades tornem tais centros excessivamente heterogêneos, o mesmo dispositivo condiciona a atuação dos tribunais locais às normas do Conselho Nacional de Justiça, que deve regulamentar as diretrizes fundamentais de composição e organização, deixando alguma margem para os tribunais locais atenderem as especialidades regionais. Já há, inclusive, normas nesse sentido na Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

4.4.2 Conciliador e Mediador

Apesar das diferenças em termos de atuação existentes e já devidamente analisadas entre o conciliador e o mediador, o Novo Código de Processo Civil os equipara em outros aspectos.

Nos termos do § 1.º do art. 167 do Novo CPC, é requisito mínimo para a capacitação dos mediadores e conciliadores a aprovação em curso a ser realizado por entidade credenciada, cujo parâmetro curricular será definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Entendo que, mesmo havendo convênio formal do Poder Judiciário com entidades privadas, esse requisito deve ser mantido, de forma que mesmo aqueles que não estejam vinculados diretamente às câmaras de conciliação e mediação devam ter certificado do curso supracitado para poderem atuar nas mediações e conciliações judiciais.

Registre-se que o art. 11 da Lei 13.140/2015 cria um novo requisito não previsto no Novo Código de Processo Civil, qual seja:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais,

observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Não há necessidade de os conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser saudado. As técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimento jurídico, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

Sendo advogado, estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que exerça suas funções. O impedimento poderá diminuir o interesse dos advogados naquelas comarcas menores onde o advogado teria que optar entre as atividades: advocacia ou mediação e conciliação, sendo difícil crer que o advogado abrirá mão da advocacia para se limitar à atividade de solução consensual de conflitos. Nesse caso os profissionais de outras áreas serão imprescindíveis. E o art. 172 do Novo CPC prevê que o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que é importante para evitar o aliciamento de clientes.

Parece razoável que tais impedimentos, já que previstos em lei, sejam estendidos à sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador, sob pena de se esvaziarem os objetivos pretendidos pelo legislador.

Segundo o art. 167 §6º do Novo CPC, também existe a possibilidade de o tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido mediante concurso público de provas e títulos. Nesse caso a condição formal para a inscrição no concurso seja ser possuidor de certificado emitido por entidade responsável por ministrar o curso de capacitação, conforme vemos abaixo:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras 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.
[...]

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Tratando-se de formas consensuais de solução de conflitos, é natural que a vontade das partes já seja prestigiada desde o momento da escolha do terceiro responsável pela intermediação entre elas. Feliz nesse sentido o art. 168 do Novo CPC ao indicar que cabe às partes escolher o conciliador ou o mediador, inclusive sujeitos

não cadastrados junto ao tribunal ou câmara privada, não sendo, inclusive, necessária a qualificação formal exigida para os mediadores e conciliadores cadastrados no Tribunal. Nesse tocante deve ser registrado o previsto no art. 25 da Lei 13.140/2015 ao prever que os mediadores não estão sujeitos à prévia aceitação das partes. Entende-se que não haja aceitação prévia, o que não significa dizer que as partes estarão vinculadas a um conciliador ou mediador contra a sua vontade.

O disposto no art. 168, § 3.º, do Novo CPC deve ser aplicado com ressalvas. Segundo o dispositivo legal, sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. Essa pluralidade de intermediários deve ser reservada para situações excepcionais, nas quais realmente seja imprescindível a presença de diferentes sujeitos com formações distintas. Além do encarecimento gerado pela presença de mais de um mediador ou conciliador, essa multiplicidade pode tornar a mediação ou conciliação mais complexa do que seria necessário, demandando mais tempo para chegar a um resultado positivo, qual seja:

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.
[...]
§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

4.4.3 Cadastros

Os habilitados a realizar a mediação e conciliação constarão de dois diferentes cadastros: um nacional e outro regional a cargo dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais. Ainda que não haja expressa previsão nesse sentido, tudo leva a crer que o cadastro nacional ficará a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

Uma vez realizado o registro dos conciliadores e mediadores, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde ele atuará os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Essa exigência de distribuição aleatória e alternada de trabalho entre os mediadores e conciliadores prestigia a imparcialidade, evitando-se dessa forma a escolha do mediador e conciliador com objetivos escusos. Havendo acordo das partes a

respeito do responsável pela mediação ou conciliação, ainda que recaindo sobre alguém não cadastrado, a vontade das partes deve se sobrepor à regra legal ora analisada, nos termos do § 1.º do art. 168 do Novo CPC:

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.
§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

Além de prever os habilitados para o exercício da mediação e da conciliação, os cadastros conterão outras importantes informações. Nos termos do § 3.º do art. 167 do Novo CPC do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes, abaixo exposto:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras 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.
[...]

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

Nos termos do § 4.º do art. 167 do Novo CPC, todos os dados referentes à participação dos mediadores e conciliadores, sua taxa de sucesso, as matérias objeto da tentativa de autocomposição e outras que o tribunal entender relevantes serão tornados públicos, ao menos uma vez por ano. A compilação desses dados e sua divulgação têm dois propósitos: dar conhecimento do andamento dos trabalhos à população em geral e permitir uma análise estatística do trabalho individual e coletivamente conduzido. Tal forma de controle tem como mérito a avaliação das formas alternativas de solução consensual de conflitos, dos mediadores e conciliadores e das câmaras que prestarão tal serviço, qual seja:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras 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.
[...]

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação,

das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

4.4.4 Remuneração do Conciliador e do Mediador

Segundo o art. 169 do Novo CPC, atividade de conciliação e mediação será em regra remunerada, com pagamento de valores previstos em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal remuneração não será devida se os tribunais criarem quadros próprios mediante concurso público, e também não será devida se o mediador ou conciliador aceitar realizar o trabalho de forma voluntária, observadas a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. Nos termos do art. 13 da Lei 13.140/2015 os mediadores judiciais serão remunerados pelas partes em valores fixados pelos tribunais, sendo garantida aos necessitados a gratuidade (art. 4.º, § 2.º).

Como o pagamento será realizado pelas partes, surge interessante questão a respeito deste quando a parte for beneficiária dos benefícios da assistência judiciária. Tratando-se de serviço prestado pelo Poder Judiciário, o próprio Estado deverá arcar com o pagamento, mas tal solução não pode ser aplicada na hipótese de o serviço ser prestado por câmara privada de conciliação e mediação. Nesse caso, como forma de contrapartida a seu credenciamento, os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas por tais entidades privadas. Na hipótese de serem necessárias mais audiências do que aquelas previstas originariamente, entende-se que o Estado deve pagar às entidades privadas pela realização da atividade.

4.4.5 Impedimento do Conciliador e do Mediador

Não há previsão expressa a respeito das causas que levam ao impedimento e à suspeição do conciliador e mediador, devendo nesse caso serem aplicadas por analogia as causas de parcialidade previstas para o juiz. Apesar de o art. 170 do Novo CPC mencionar apenas o impedimento do mediador ou conciliador, entendo o dispositivo aplicável também para a hipótese de sua suspeição. Havendo causa de parcialidade por impedimento ou suspeição, o mediador ou conciliador comunicará imediatamente sua

parcialidade, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa ou coordenador do centro judiciário, quando caberá uma nova distribuição. O mesmo procedimento deve ser adotado quando a causa da parcialidade seja apurada durante a conciliação e mediação, sendo que nesse caso será lavrada uma ata com relatório do ocorrido e solicitação para a nova distribuição, vejamos:

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

O art. 172 do Novo CPC consagra uma hipótese específica de impedimento do conciliador e mediador: contado do término da última audiência em que atuaram, ficam impedidos de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo prazo de um ano. Essa causa de impedimento é interessante porque impede que o conciliador ou o mediador se valha de seu posto para prospectar clientes e com isso ser levado a beneficiar uma das partes em detrimento da outra.

Há outra hipótese de impedimento previsto pelo art. 7º da Lei 13.140/2015, que veda a participação do mediador como árbitro em processo arbitral pertinente a conflito em que tenha atuado como mediador, bem como o torna impedido de testemunhar em processos judiciais ou arbitrais que tenham como objeto o mesmo conflito que foi objeto da tentativa de mediação.

Havendo qualquer causa de impossibilidade temporária do exercício da função, cabe ao mediador ou conciliador informar tal situação ao centro, de preferência por meio eletrônico, solicitando a retirada de seu nome da distribuição enquanto perdurar a impossibilidade.

4.4.6 Causas de Exclusão

A exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores depende de processo administrativo, sendo duas as causas que a justificam: agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC, e atuar em

procedimento de mediação ou conciliação apesar de impedido ou suspeito. Conforme abaixo exposto:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.
§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.
§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Apesar da necessidade de processo administrativo para a exclusão de mediador ou conciliador do cadastro, pelas condutas previstas nos dois incisos do art. 174 do Novo CPC, é possível que o juiz da causa ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação determine a suspensão temporária do conciliador ou mediador pelo prazo máximo de cento e oitenta dias caso verifique atuação inadequada do mediador ou conciliador. O afastamento temporário das atividades depende da prolação de decisão fundamentada, que será precedida de imediata comunicação ao tribunal para a instauração do processo administrativo.

4.4.7 Solução Consensual no Âmbito Administrativo

O art. 174 do Novo CPC prevê a criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de câmaras de mediação e conciliação voltadas à solução consensual de conflitos no ambiente administrativo. Tal câmara poderá, entre outras atividades compatíveis com a sua finalidade, dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, vejamos:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo órgãos e entidade da administração pública é irrefutável. E por duas razões: primeiro, porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública. Segundo, porque mesmo no direito indisponível é possível a transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo. Há, inclusive, no inciso III do art. 174 do Novo CPC a menção à possibilidade de promoção de termo de ajustamento de conduta pelas câmaras criadas para a solução de conflitos no ambiente administrativo, que necessariamente compreenderão conflitos coletivos envolvendo a Fazenda Pública.

4.4.8 Conciliação e Mediação Extrajudiciais

O art. 175 do Novo CPC se preocupa em esclarecer que a seção do CPC destinada à conciliação e à mediação judiciais não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. Essas formas extrajudiciais de solução dos conflitos são reguladas pela Lei 13.140/2015, sendo as regras consagradas no Novo Código de Processo Civil a respeito do tema, aplicadas apenas no que couber às câmaras privadas de conciliação e mediação.

5 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa desenvolvida e apresentada no presente trabalho monográfico, há de se fazer algumas considerações finais a respeito do tema.

A presente obra conclui que as três principais alterações advindas com a inclusão das audiências preliminares são a desvinculação da audiência de conciliação da audiência de saneamento, além da obrigatoriedade do comparecimento, bem como dos reflexos na contagem de prazo para oferecimento das repostas do réu.

No que se refere à separação da fase conciliatória e de saneamento, infere-se que o legislador atuou satisfatoriamente ao fazê-la, tendo em vista que privilegiou a importância dos acordos judiciais, há muito ignorados pelas partes, assim como permitiu ao magistrado a discricionariedade de se realizar o saneamento sem a necessidade de designação de audiência específica para tanto, excepcionados os casos específicos de maior complexidade.

Além disto, o Novo Código trouxe consigo a obrigatoriedade de comparecimento em audiência de conciliação, exceto se todas as partes não concordarem com a tentativa de acordo. Esse imperativo foi estabelecido como forma de considerar o ânimo da parte que deseja conciliar, pois uma vez presentes diante do auxiliar da justiça, há grandes chances de se flexibilizar o antagonismo.

Por último, houve reflexos diretos no cômputo do prazo para oferecimento da resposta do réu, pois o Novo Código complicou a atuação dos advogados quanto à forma de se calcular o prazo de quinze dias, uma vez que estabeleceu uma série de contagens de prazo, podendo unificá-los, estabelecendo como marco a data da realização da audiência de conciliação ou mediação.

Busca-se como alternativa de solução da lide a composição amigável, pois o direito processual deve estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização deste. Entretanto, cabe também as partes se disporem a resolver o caso, deixando para o poder judiciário a apreciação de processos que realmente mereçam defesa.

Contudo, o novo Código de Processo Civil não conseguirá de forma isolada resolver o problema de afogamento do judiciário, deve ser adotadas várias outras medidas para diminuir o número de processos. Nesse sentido é a opinião do ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Supremo Tribunal Federal, proferida em evento

promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em novembro de 2014: “Temos que sair de uma cultura de litigiosidade e ir para uma cultura de pacificação. E isso será feito pela promoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem”. O ministro também garantiu aos advogados presentes que a sua gestão no comando do Supremo intensificará medidas para diminuir o número de processos. Lewandowski estimou que o tribunal irá editar de 50 a 100 súmulas vinculantes até o fim de seu mandato, e prometeu priorizar os casos de repercussão geral.

Apesar das críticas e das dificuldades da prática, o novo Código de Processo Civil, quanto ao intuito de promover a composição da lide, está alinhado com as mudanças que precisam acontecer urgentemente no país. A sociedade brasileira atual precisa de um poder judiciário ágil, eficaz e em conformidade com o judiciário de grandes economias mundiais. Muitas vezes os processos são desnecessários e uma conciliação tem o poder de colocar fim a uma longa demanda, cabendo a cada um fazer sua parte.

Não resta dúvida que a conciliação e a mediação se apresentam como vigorosos instrumentos para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito, desde que se trate de direitos disponíveis.

O Novo Código de Processo Civil, prevê de forma muito objetiva onde e quando será aplicada, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos, e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional mais efetiva.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos restarão se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional.

Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalistas, e sensíveis à importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos

conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal: Dignidade Humana e Cidadania.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figuerêdo; MONTENEGRO, Misael Filho. **Manual das Audiências Cíveis**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral. Vol. III – Relações e Situações Jurídicas**, Coimbra: Coimbra, 2002.
- AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 5ª ed. Brasília/DF:CNJ: 2015.
- BATISTA, J. Pereira. **Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais**. Lisboa: Lex, 1997.
- BEZERRA, Tassio. **A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito**. Revista Direito e Sensibilidade. 2011, 1ª edição, p. 211- 226. Disponível em: <<http://periodicos.bce.unb.br/index.php/enedex/article/download/4356/3655>> Acesso em: 20 de julho de 2016.
- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma volta às origens. Os métodos alternativos de solução de conflitos cada vez ganham mais força no Brasil e no mundo, reavivando velhas práticas pacificadoras como a mediação**. Publicação em jan. 2009. 13ª edição. São Paulo: Revista Getúlio. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7031/Ed.%2013%20-%20Entrevista%20%28site%29.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 de julho de 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso: 2002.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. V.I – Nº 59. Ed. Esp. 1944.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II, Nº 142.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-leida-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 20 de julho de 2016.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr , 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2013.

FARIA, Renato Luiz Miyasato de. **Princípio da Razoável Duração do Processo e Medidas de Celeridade Processual**. São Paulo: LTr, 2013.

FRANCO, CINTIA. Publicação de artigos científicos. **A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil**, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 27 de Julho de 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 19.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

LEITE, Francisco Tarciso. **Metodologia científica: métodos e técnicas de pesquisa (monografias, dissertações, teses e livros)**. São Paulo: Ideias & Letras, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Risoluzione Convenzionale del Processo**, 1932.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. **A mediação harvardiana e a mediação transformativa**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revistartigos_leitura&artigoid=8622>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Mediação para a paz: Ensino Jurídico na era medialógica**. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6863/mediacao-para-a-paz>>. Acesso em: 05 de julho de 2016.

MEDIACAOONLINE. **A Nova Lei da Mediação (Lei 13.140/2015)**. Disponível em: <<http://www.mediacaoonline.com/#!A-Nova-Lei-da-Media%C3%A7%C3%A3o-Lei>>. Acesso em 20 de julho de 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NERY, Nelson júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NORONHA, Fernando Manuel Pereira de. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação e o Código de Processo Civil projetado**. Revista de Processo: RePro, v.37, n. 207, p. 213-238, maio 2012.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Conselho Nacional de Justiça. 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 de julho de 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da Mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 81.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: Um Guia Prático para Mediadores**. 2ª edição. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SENADO FEDERAL. **Lei da Mediação entra em vigor em seis meses**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/29/lei-da-mediacao-entra-em-vigor-em-seis-meses>>. Acesso em: 05 de julho de 2016.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação dos conflitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris: 1999.

SCHMITZ, Leonarco Ziesemer. **A Teoria Geral do Processo e a parte Geral do Novo Código de Processo Civil**. 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/4811203/A_Teoria_Geral_do_Processo_e_a_Parte_Geral_do_Novo_Código_de_Processo_Civil>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

STEFANO, Giuseppe de. **Contributo ala dottrina del componimento processuale**. A. Giuffrè, 1959.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v.12, n. 75, jan./fev. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código e Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2.ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 1997.