

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**CONFLITO DE INTERESSES, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

RÔMULO RIBEIRO TEIXEIRA

**Rio de Janeiro
2017/ 1**

RÔMULO RIBEIRO TEIXEIRA

**CONFLITO DE INTERESSES, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Arnaldo Goldemberg.**

**Rio de Janeiro
2017/1**

CIP - Catalogação na Publicação

T266c Teixeira, Rômulo Ribeiro
 Conflito de interesses, mediação e conciliação à
 luz do Novo Código de Processo Civil / Rômulo Ribeiro
 Teixeira. -- Rio de Janeiro, 2017.
 65 f.

 Orientador: Arnaldo Goldemberg.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. Conflito de interesses. 2. Mediação. 3.
 Conciliação. 4. Justiça. 5. Novo Código de Processo
 Civil. I. Goldemberg, Arnaldo, orient. II. Título.

CDD 341.4618

RÔMULO RIBEIRO TEIXEIRA

**CONFLITO DE INTERESSES, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Arnaldo Goldemberg.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017/1**

AGRADECIMENTOS

Não há maior gratidão do que a que sinto pelos meus pais que, durante todos os momentos da minha graduação, bons ou ruins, estiveram presentes. Em desistir, pensei diversas vezes, foram muitas as dificuldades ao longo do trajeto. Se hoje estou prestes a concluir o bacharelado, devo à paciência e ao suporte que sempre me foi oferecido por eles, em todos os momentos. Devo a eles, também, a felicidade por saber que sairei desse ciclo muito mais forte, maduro, preparado, e com imenso orgulho pelo caminho trilhado. Sérgio e Ana Cláudia, queridos pais, dedico isso tudo a vocês!

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como escopo apresentar um panorama sobre o tratamento dado aos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, que ainda está em fase embrionária em nosso país, sob a perspectiva do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Nota-se que na última década diversas iniciativas foram tomadas no sentido de promover tais práticas, que passaram a ostentar o status de política pública, a ser perenemente estimulada. O material utilizado nas pesquisas sobre as formas consensuais de solução de controvérsias compreende doutrina, dissertações, artigos e sites, especialmente o do Conselho Nacional de Justiça, órgão que foi pioneiro na normatização do tema, quando da edição da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Assim, tendo hoje o que pode se chamar de microsistema normativo de resolução de conflitos, faz se necessária uma análise sistemática, de base principiológica, sobre a forma como tem sido tratado o assunto nos diferentes diplomas normativos que o integram. Além da Resolução nº 125/2010 e do NCPC, a Lei nº 13.140 de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Mediação, também será objeto dos estudos aqui desenvolvidos.

Palavras-chave: Mediação; Conciliação; Princípios.

ABSTRACT

This undergraduate thesis presents an overview of the consensual methods for conflict resolution, e.g. the conciliation and the mediation, which are still in embryonic phase in our country, under the perspective of the new code of civil procedure (NCPC). It's noticeable that in the last decades many initiatives were taken to promote such practices, that now are considered public policies to be perennially stimulated. The sources used in this research about the consensual forms of conflict resolution comprise legal doctrines, dissertations, papers and websites, especially the national justice council's website (CNJ), organ that pioneered the normatization of this subject, as in the Resolution No. 125, from november 29th, 2010. Hence, as we have today what may be called normative micro-system of conflict resolution, it is necessary a systematic analysis of the underlying principles of this subject and the way it has been treated in the different regulatory documents and legislative instruments that integrate it. Besides the resolution no. 125/2010 and the NCPC, the law No. 13.140, from june 2015, known as the brazilian law of mediation, will also be object of study in this thesis.

Keywords: Conflict resolution; Mediation; Conciliation; Underlying Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. TEORIA DO CONFLITO	12
1.1 Aspectos teóricos e percepção social	12
1.2 Desenvolvimento do conflito: uma perspectiva histórica.....	16
1.3. O conflito na contemporaneidade: a <i>terceira onda</i> renovatória.....	19
1.4. Justificativas para a defesa da solução consensual dos conflitos	23
1.5. Tratamento de conflitos sob a perspectiva das novas práticas para a resolução de disputas	26
2. O MÉTODO E O CONFLITO: DISTINÇÕES ENTRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO.....	29
2.1. Conciliação	30
2.2. Mediação	32
2.3 Acesso à justiça, adequação ao conflito e a recente evolução normativa.....	33
2.4 Princípios Norteadores da Mediação e da Conciliação	37
2.4.1. Princípio da confidencialidade	38
2.4.2. Princípio da decisão informada	40
2.4.3. Princípio da Imparcialidade.....	41
2.4.4. Princípio da Independência e da Autonomia.....	41
2.4.5. Princípio da oralidade.....	43
2.4.6. Princípio da informalidade	43
2.4.7. Princípios previstos apenas na Resolução nº 125/2010.....	44
2.4.8. Princípios previstos apenas na Lei Brasileira de Mediação	46
2.4.9. Princípios Procedimentais	47
3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	48
3.1. Da criação dos centros judiciários de solução consensual dos conflitos.....	49
3.2. Adoção de técnicas negociais	50
3.3. Da (não) obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação.....	50
3.3.1. Consequências do não comparecimento.....	51
3.4. Realização por meio eletrônico	52
3.5. Capacitação dos conciliadores e mediadores.....	52
3.6. Cadastros de conciliadores e mediadores	53
3.7. Escolha dos conciliadores e mediadores	53
3.8. Remuneração do conciliador e do mediador	54
3.9. Impedimento do conciliador e do mediador	54
3.10. Causas de exclusão	56

CONCLUSÃO.....57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS60

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é definir o que são os conflitos de interesses e, a partir da sua compreensão e identificação, apresentar alternativas racionais e adequadas, na perspectiva dos equivalentes jurisdicionais e dos métodos consensuais de solução, com ênfase na mediação e conciliação.

Nessa linha, o objeto do trabalho é apresentar, ainda, a forma como se desenvolveu tais institutos em nosso ordenamento jurídico, bem como o tratamento dado na contemporaneidade, sobretudo após o advento do novo diploma processual civil, qual seja, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Nesse panorama, destaca-se o seu artigo 3^o¹, que traz a exata reprodução do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição², garantia fundamental do jurisdicionado, e complementa em seus §§2^o³ e 3^o⁴, atribuindo ao Estado o dever de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos, o que deve ser estimulado mesmo no curso do processo judicial.

Em uma sociedade marcada pela cultura da sentença, onde a adjudicação da solução dos conflitos ao Estado-Juiz permanece sendo a regra, nota-se que há um esforço estatal recente para reverter esse quadro, por meio dos equivalentes jurisdicionais. O acesso à justiça passa a ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa, e a adequação da forma de solução passa a também ser considerada.

A ideia de pacificação social ressurge como argumento para a defesa dos meios alternativos de solução de controvérsias, pois a morosidade do judiciário, bem como a

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, art. 3^o, *caput*: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, CRFB, art. 5^o, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, art. 3^o, § 2^o: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, art. 3^o, § 3^o: “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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

quantidade de recursos empregados para postergar o andamento e solução dos litígios, tem obtido efeito contrário no que tange à pacificação social.

A percepção da justiça, nesse cenário, tem sido alvo de constante desvirtuamento. Dentre os leigos, a expressão “processar alguém” já é quase desconhecida, pois dentro da arraigada lógica adversarial, as pessoas “colocam no pau”, dando uma conotação imprópria para a jurisdição estatal.

O paternalismo que muitos enxergam no poder judiciário é fruto de uma visão distorcida, deturpada. Trazer de volta à população a noção de que ela própria pode resolver seus conflitos é um desafio gigantesco, mas necessário ao progresso civilizatório.

É preciso trilhar novos caminhos, o processo judicial não é a única saída para se resolver um conflito, tampouco é a melhor.

A população precisa ser reeducada quando às suas questões legais, especialmente no sentido de descobrir-se capaz de solucionar suas próprias controvérsias, com ou sem a intervenção de terceiros.

Por isso é crescente a preocupação e o interesse pela adoção de alternativas ao processo convencional. O desgaste do modelo judicial não pode ser desconsiderado, o caos que impera impõe a busca dessas opções.

Com isso, não se pensa em reduzir a relevância do poder judiciário, mas criar as condições para que sua atuação tenha ganhos qualitativos e quantitativos, através de um modelo mais amplo de acesso à justiça, que retire da justiça ordinária o maior número possível de processos, sem que isso signifique obstrução ao acesso à justiça.

Dessa forma, o judiciário além permanecer incólume, ficaria mais aliviado, no que poderia se dedicar a julgar causas de maior complexidade e importância.

1. TEORIA DO CONFLITO

1.1 Aspectos teóricos e percepção social

Em um primeiro plano, é essencial fazer a seguinte observação: não é *função típica* do Direito (como ciência) debruçar-se sobre o estudo do conflito. Em razão de ser um fenômeno constatável nas relações humanas desde que se noticia a vida em sociedade, as Ciências Sociais, a Psicologia, a Pedagogia, a História, a Economia e até a Matemática tem buscado sistematizar uma teorização lógica para o conflito e justificar sua gênese e manifestação.

Pois bem. Há de se ter em mente que a variação de premissas e abordagens é tão complexa quanto a própria sistematização teórica e enquadramento metodológico das correntes confeccionadas. A missão daqueles que militam na seara jurídica, em tese, é de compor as controvérsias que lhe são submetidas. O Direito como ciência não tem por objeto estrito o estudo e averiguação das razões motivadores da litigância típica, para tanto, utiliza-se da Sociologia Jurídica e ciências correlatas.

Diante de tais premissas, assinala-se que a partir da década de 1950, estudiosos como Max Gluckman, Ralf Dahrendorf, Kenneth Boulding, Thomas Schelling, dentre outros passaram a ter um papel essencial na reconstrução e dominação sobre o conflito, que até então não eram sistematizados como uma teoria, mais especificamente, como Teoria do Conflito, apenas vistos como patologia no âmbito do tecido social, ou como mero sintoma.

Expectativas, desejos, planos e objetivos, quando contrariados, frustrados ou obstados, culminam em um conflito de interesses. Do latim *confictus, conflagere*, que significa embate, oposição, encontro e pendência é, portanto, dissenso e é natural da condição humana. Consequentemente, numa disputa é comum tratar a outra parte como adversária ou inimiga.

Nesse sentido, Kenneth Boulding define o conflito como:

Uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra⁵.

⁵ BOULDING, Kenneth. **Conflict and Defense**: A general theory. Nova York: Harper and Row, 1962.

Desse modo, usual e intuitivamente, o termo “conflito” transmite uma ideia negativa em praticamente todos os contextos em que se vislumbre inseri-lo, a carga semântica adversativa é imperativa⁶, e leva à conclusão de que um dos envolvidos sofrerá uma derrota, enquanto outro será consagrado vencedor, sem excluir uma série de aborrecimentos para ambos entre um ponto e o outro.

Ao tratar da temática, Carlos Eduardo de Vasconcelos assinala que o conflito não deve ser tratado de modo negativo, eis que é algo inevitável:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência⁷.

Nessa linha, nas relações interpessoais, o afeto e a afinidade, *per si*, não bastam para impedir o surgimento de conflitos. O simples fato de as pessoas serem únicas, com vivências próprias, faz com que ajam e reajam de forma inesperada em determinado cenário. Assim, muito pouco é preciso para abalar o consensualismo das relações, pois como dito, o conflito é intrínseco à natureza humana. Desse modo, compreender que o conflito é inevitável e que pode ser uma força positiva para o crescimento é essencial.

À luz de uma perspectiva mais prática, todos os dias, especialmente na chamada “hora do rush”, centros urbanos registram momentos de congestionamento nas suas vias públicas, onde diversos conflitos são travados por vezes sem qualquer comunicação verbal entre os envolvidos, a buzina do veículo se encarrega de dar o recado, criando uma atmosfera ainda mais caótica para quem tem como único desejo chegar logo em casa. Mas, considerando que essas pessoas possuem um desejo em comum, qual seja, chegar em casa, e que muitas se deslocam para as

⁶ No Manual de Mediação Judicial produzido pelo Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça, há uma interessante passagem acerca da temática: “Em treinamentos de técnicas e habilidades de mediação, os participantes frequentemente são estimulados a indicarem a primeira ideia que lhes vem à mente ao ouvirem a palavra conflito. Em regra, a lista é composta pelas seguintes palavras: guerra, briga, disputa, agressão, tristeza, violência, raiva, perda, processo”, p. 37.

⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**, São Paulo: Método, 2008, p. 19.

mesmas localidades, transitando na mesma direção - e se elas começassem a cooperar entre si, ao invés de alimentar a babel cotidiana?

Apesar de banal, e por isso mesmo não representar o tipo de conflito que enseje a instauração de qualquer procedimento, seja de mediação ou conciliação, o exemplo supra aponta além do fato de o conflito ser indissociável à natureza humana e estar presente em praticamente todos os momentos de nossa vida social, sempre é possível mais de uma abordagem, bem como a possibilidade de uma solução.

De diferente forma, certamente milhares de pessoas não conseguiriam chegar em suas casas todos os dias após o expediente.

Veja-se que o conflito em si, não deve ser tido como um desejável ou repudiável, muito embora as culturas ocidentais tenham perspectivas expressamente negativas acerca de sua existência ou funcionalidade. Ele simplesmente existe como a concretização das diversas fases e facetas que dispõe a humanidade e aponta como mais um objeto da cultura de determinado povo.

A influência midiática, das desigualdades sociais, da luta pelo poder, da necessidade de êxito econômico ainda que mediante a exploração de terceiros, das deficiências comunicativas entre os atores que o integram, de expectativas insatisfeitas e escassez de bens da vida para utilização por todos são manifestações da sociabilidade do homem.

A ideia de que o conflito é necessariamente algo a ser suprimido das relações sociais, e que sua ausência teria como fruto a paz, jaz ultrapassada. Na contemporaneidade, constata-se que a paz é um bem frágil, de insofismável precariedade, conquistada por aqueles que aprendem a lidar com a divergência, o dissenso, onde o conflito, adequadamente conduzido e tratado, pode proporcionar às partes envolvidas mudanças profícuas, edificantes, bem como novas oportunidades de ganho mútuo.

Convém destacar que na obra “Como chegar a um sim: negociação de acordos sem concessões”, os autores assinalam que:

Quer a negociação diga respeito a um contrato, uma discussão familiar ou um acordo de paz entre nações, as pessoas empenham-se rotineiramente na barganha posicional. Cada um dos lados toma uma posição, defende-a e faz concessões para chegar a uma solução de compromisso⁸.

⁸ FISHER, Roger, URY, Willian e PATTON Bruce. **Como chegar a um sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 21.

Para tal, o manejo adequado dos conflitos interpessoais deve ser feito através de um amplo processo comunicativo, desprovido de dicotomias, despolemizado, com ênfase construtivista, que possua o condão de restaurar relações e resolver disputas pontuais, balizado por princípios próprios. Nessa linha, veja-se as lições de João Baptista de Mello:

O espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. (...) o aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que poderiam pretender advogados e juízes?⁹

Diante de tal cenário, a conciliação e mediação se perfazem institutos construtivistas, verdadeiras modalidades de autocomposição, pois, embora haja a participação de terceiros na solução do conflito, tal não se dá de modo intervencionista, mas sim de maneira a que as próprias partes cheguem a um resultado desejável.

Desse modo, convém fazer uso da lição de Deutsch. Segundo o professor, processos construtivistas seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam o procedimento com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa e é caracterizado: **(i)** pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; **(ii)** pela capacidade de as partes ou o condutor do processo motivarem todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; **(iii)** pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses e **(iv)** pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes¹⁰.

Em outros termos, partes quando em processos construtivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com fortalecimento da relação social preexistente à disputa e, em regra, robustecimento do conhecimento mútuo e empatia. Como dito, o manejo adequado dos conflitos interpessoais deve ser feito através de um amplo processo comunicativo, balizado por princípios próprios, como será trabalhado em outro momento.

⁹ SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 101

¹⁰ DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict**: Constructive and Destructive Processes. New Haven: Yale University Press, 1973, p. 351.

1.2 Desenvolvimento do conflito: uma perspectiva histórica

O desenvolvimento do conflito e suas manifestações variam conforme a circunstância histórica, social, cultural e econômica. A necessidade de remontar o passado, mais do que puramente com a finalidade teórica, é refletida no objetivo de entendermos os institutos da conciliação e mediação atualmente. Quase tudo em nossa vida é fruto de um passado, de uma experiência anterior, e com as soluções alternativas de conflito não é diferente.

Das lições de Maximiliano¹¹, podemos extrair que, “não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável”. É o caso.

Embora ainda de escassa aplicabilidade no contexto jurisdicional¹², a solução consensual de conflitos, ao contrário do que se possa eventualmente pensar, não é técnica recente entre os meios de tratamento de conflitos, possuindo uma longa história e confundindo-se com as primeiras civilizações do mundo.

A mediação e a conciliação foram uma das primeiras formas hábeis de resolver os conflitos, muito antes do surgimento do Estado como um ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional. Nessa linha, acerca da ausência do Estado, faz-se necessário trazer à baila os ensinamentos de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que oitrem o impedisse de obter haveria de,

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 137.

¹² Por força da arraigada “cultura da sentença” e do desconhecimento de muitos, o Poder Judiciário acaba sendo utilizado com única e natural via de enfrentamento de conflitos. Nessa linha, o total de processos que tramitaram no Judiciário em 2015, excluindo aqueles que estavam no Supremo Tribunal Federal, chegou a 102 milhões, segundo o relatório *Justiça em Números 2016* realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. As informações apresentadas consolidam o total, por grau de jurisdição, de 90 cortes de Justiça: quatro tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM), 27 tribunais de Justiça estaduais, cinco tribunais regionais federais, 24 tribunais regionais do trabalho, 27 tribunais regionais eleitorais e três tribunais de Justiça Militar estaduais.

com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão¹³.

Permanentes conflitos marcam a nossa história, desde os povos e tribos primitivos, onde quase sempre os conflitos eram decididos pela força, e, muitas vezes, com extrema violência. Considerada na evolução humana, em seu primeiro momento, que equivale à maior parte da história da humanidade, e onde havia um espaço que pode ser considerado ilimitado, as tribos eram em regra nômades, o que dava a elas flexibilidade quanto ao próprio sustento, os conflitos que surgiam eram mediados pela própria comunidade. Afirma William Ury, antropólogo, mediador e co-fundador do *Harvard's Program on Negotiation*, que eram raros os atos de violência entre nossos ancestrais nômades¹⁴.

Ao percorrer um pouco mais na história, nos tempos da Antiga China, durante o período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C.), os chineses eram influenciados pelas ideias desse filósofo, de modo que, a resolução de eventuais conflitos através do processo era considerada algo desonroso entre os chineses e que atentava contra a pacificação social. Portanto, era sempre necessário que se encontrasse a solução do impasse através de técnicas conciliativas, cujo acordo fosse construção das partes e não da imposição coercitiva de outrem.

Desse modo, o professor Walsir Edson Rodrigues Júnior narra que as antigas sociedades orientais se valiam da ética conciliatória oriunda de princípios religiosos e culturais que regulavam a vida das comunidades, assinala ainda que

Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e de acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder¹⁵.

Dessa forma, a mediação era amplamente utilizada na China e inserida culturalmente na comunidade chinesa, sendo, inclusive, técnica utilizada até hoje entre os meios de tratamento

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

¹⁴ URY, William. **Chegando à paz** – Resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 54-66.

¹⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 64.

de conflitos. Assim, a diretriz era a busca da harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens.

Na mesma perspectiva histórica, acerca do alcance da mediação, Fabiana Marion Spengler faz o seguinte registro:

Indubitavelmente, a presença da mediação mostrava-se no seio de quase todas as culturas mundiais, sendo legitimada pelas respectivas **comunidades locais** como forma eficaz e preponderante na resolução dos conflitos¹⁶.

Nessa seara, no que concerne as *comunidades ocidentais*, que antes eram nômades, com o domínio de técnicas agrícolas e pecuárias, tornaram-se sedentárias, e os espaços que antes eram tidos como ilimitados, deram lugar ao patrimonialismo. Como efeito, os mais fortes, hábeis e gananciosos tomaram conta de territórios, acumulando riquezas e outorgando poderes, fundando reinados, feudos e escravizando povos derrotados, em diferentes épocas, locais e intensidades, em diferentes contextos políticos, jurídicos, econômicos e religiosos. Com uma sociedade formalmente hierarquizada, somada à injusta divisão da riqueza e recrudescimento da desigualdade social, os conflitos ganham diversidade e escala.

A partir do século XVI, com o desenvolvimento do comércio marítimo, emerge uma burguesia que, fundada no capitalismo mercantil, consegue com que o poder decline dos senhores feudais e monarcas para si, abandonando a díade soberano/território para a variável governo/população/território/riqueza. No século XVIII, com as bases do Estado Democrático de Direito, especialmente pela implementação da tripartição dos poderes, sob influência dos conceitos sistêmicos de Montesquieu, a institucionalização do Poder levou à derrocada definitiva do patrimonialismo nos moldes até então conhecidos, gerando uma clara distinção entre o público e o privado.

No pós-Revolução Industrial, considerando ainda o êxodo rural, que no Brasil teve seu auge na segunda metade do século XX, houve uma crescente concentração das populações em cidades cada vez maiores, numerosas e complexas, bem como ampliou-se a complexidade e a conflituosidade nas relações interpessoais, até por haver um acirramento crescente em razão da limitação exponencial dos bens disponíveis.

De lá para cá, o processo civilizatório avançou e já se pode afirmar que, sob os mais novos modelos institucionais dos Estados Democráticos de Direito, há uma crescente substituição do

¹⁶ SPENGLER; Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei – 1ª.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 17.

modelo hierárquico, bem como a democratização do conhecimento. Nessa linha, as técnicas de soluções de controvérsias se mostram mais palpáveis.

1.3. O conflito na contemporaneidade: a terceira onda renovatória

Tal qual o conflito, buscar uma solução, seja ela consensual ou litigiosa, também é inerente ao ser humano, que se movimenta com o fim de se livrar de alguma sensação ou sentimento de incômodo ou constrangimento. E isso acontece com uma frequência irrefreável, avassaladora, assoberbando o judiciário de demandas que por vezes são banais, comprometendo um dos Poderes constituídos e, comprometendo sua missão de garantir a pacificação social, fragilizando, ainda, o acesso à jurisdição, pois ainda que seja possível ingressar em juízo, a morosidade e ineficiência acaba por impedir que efetivamente se faça justiça, culminando numa patente fragilidade institucional, o que deve ser evitado a todo custo, sob pena de cair no descrédito perante a população, além de poder resultar, ainda, no crescimento da violência¹⁷.

Conforme abordado, nas sociedades primárias, utilizava-se a lei do mais forte para a solução dos problemas. Ocorre que esse método de dirimir as controvérsias acabava por legitimar injustiças, visto que não era observado a quem realmente assistia o direito, e sim, quem detinha a maior força física. Por sua vez, a autocomposição consiste em um dos indivíduos, ou ambos, abrir mão do seu interesse por inteiro ou parte dele. É uma eficiente e legítima maneira de se compor conflitos, visto que reflete uma disposição conjunta dos próprios envolvidos em acatar o que é resolvido. Esse método tem sido bastante estimulado pelo Estado Moderno, via por exemplo, da conciliação, que será objeto de estudo nos tópicos subsequentes.

O que tem se tentado na contemporaneidade e que, indubitavelmente se coaduna com o processo civilizatório, na medida em que desfaz a crença surgida após a fundação do Estado moderno de que apenas o Estado poderia decidir, posto que detinha o monopólio da jurisdição, é o uso dos equivalentes jurisdicionais, onde diversos métodos foram desenvolvidos com a comum aposta na busca de uma solução consensual para os conflitos de interesses, cumprindo o Hobbesiano contrato social.

¹⁷ Soma-se a isso a excessiva dilatação processual, por meio dos recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas de impugnação, que tornam ainda mais sinuoso o caminho até a pacificação social, quando não acaba por de fato obstá-la, pois a sucumbência, inerente ao processo judicial, naturalmente retira a paz daquele que sucumbiu, pois, sentindo-se prejudicado pela decisão judicial, ordinariamente tende a criar embaraços para seu cumprimento, lícitos ou ilícitos.

Corroborar com tal quadro a complexidade dos procedimentos, pois é preciso garantir a oportunidade de que as partes tenham acesso aos documentos, às alegações umas das outras, e que possam interagir durante o processo. Isso demanda tempo, além de um procedimento eminentemente formal e complexo. A mentalidade dos operadores do Direito, pois por muito tempo estes operadores foram e ainda são ensinados a entender o direito de maneira mais formal e acabou influenciando sua mentalidade em relação à própria aplicação do direito, que é mais fechada do que aquela que se pretendia, graças a um formalismo exacerbado atribuível à jurisdição estatal.

A crise do sistema de justiça brasileiro também foi descrita com singular perspicácia por Joaquim Falcão, ao afirmar que enquanto na maioria dos países desenvolvidos a questão do acesso à justiça é focalizada como desafio de efetivar o direito das minorias, no Brasil quem não tem acesso ao sistema de justiça é a maioria da população¹⁸.

Conceição Gomes esclarece que a “crise da justiça” é um problema que atravessa muitas fronteiras e está presente em países cultural, social e economicamente muito distintos, identificando como ponto comum a longa duração dos processos, reconhecida como um dos problemas mais graves dos atuais sistemas judiciais, com custos sociais, políticos e econômicos muito elevados¹⁹.

Nesse cenário, a clássica concepção de acesso à justiça – que se resumia à possibilidade de recurso aos tribunais para a dedução de uma pretensão – precisa, agora, adequar-se à nova demanda por justiça e possibilitar o acesso ao direito aos indivíduos que se encontram impedidos de utilizar o sistema de justiça em razão de variados fatores.

Inseridas tais premissas, é essencial trazer ao presente trabalho a lição dos autores italianos Mauro Cappelletti e Bryant Garth, da célebre obra “Acesso à justiça”. Frisa-se que as barreiras que impedem o acesso efetivo à justiça despertaram interesse no desenvolvimento de teorias dispostas a eliminar tais obstáculos, assim, os autores dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça.

A *primeira onda* diz respeito à assistência judiciária aos hipossuficientes e está relacionada ao obstáculo econômico. A *segunda onda* refere-se à representação dos interesses

¹⁸ FALCÃO, Joaquim. **Acesso à justiça**: diagnóstico e tratamento. In: Associação Dos Magistrados Brasileiros, AMB (Org.). *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 273-274.

¹⁹ GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: um estudo sobre a morosidade da justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 12.

difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A *terceira onda*, denominada de “um novo enfoque de acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas alternativas de solução de controvérsias. É essa, em especial, que nos interessa.

O protagonismo dos meios alternativos de resolução de litígios – integrantes da *terceira onda* do movimento de acesso à justiça –, detém algumas razões. Há situações em que a justiça conciliatória é capaz de produzir resultados que, longe de serem de “segunda classe” são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso: a melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí a justiça conciliatória tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela²⁰.

Pois bem. Busca-se algo que proporcione acessibilidade e celeridade nos processos, satisfazendo todos que depositam sua confiança no Poder Judiciário de solucionar sua lide. Para Cappelletti e Garth é de se depreender que:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso²¹.

Por esses métodos, a intervenção do Estado não ocorre diretamente, incumbindo-lhe, todavia, a adoção de normas pertinentes em sua estruturação interna. Sobre essa onda, Marcus Firmino, especificamente, acrescenta que

Esmiuçando brevemente esta onda, cumpre verificar que, em uma de suas vertentes, representa a ruptura com a tendência dominante durante muitos séculos de concentração estatal do poder de solucionar os conflitos, afastando todos os resquícios de autotutela e autocomposição. Esta revolução se faz com fundamento na constatação da absoluta incapacidade do Estado para dirimir todas as controvérsias, buscando-se, então, a concepção de meios alternativos à jurisdição a serem oferecidos diretamente aos titulares de direitos subjetivos lesados ou ameaçados de lesão. Tomam vulto, com base na construção teórica fornecida por Cappelletti e Garth, a chamada justiça

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, ano 19, n. 74, 1994, p. 82-97, p. 90.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

consensual, que tem por melhor representante a arbitragem, e os mecanismos alternativos para solução de conflitos, os quais podem ser postos em prática inclusive no curso de procedimentos judiciais²².

Tal diagnóstico, em síntese, implica a inacessibilidade estrutural que impõem, ainda que involuntariamente, a setores inteiros da sociedade, obstando assim a declaração e a executoriedade de seus direitos, configurando um fenômeno de exclusão social.

Os meios alternativos, ao contrário, propiciam a inclusão social, pois as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo e contribuem para o processo de democratização, possibilitando ao cidadão o exercício de sua autonomia na resolução de conflitos. Assim, a valorização da autonomia e da cidadania também são apontadas como fatores que diferenciam e qualificam os meios alternativos de resolução de controvérsias, destacando Luís Alberto Warat que:

A tarefa de dar voz à cidadania, principalmente com relação a seus próprios conflitos, é algo que se pode começar a ascender, implementando programas de justiça cidadã, de juizados de cidadania, onde os indivíduos possam sair do silêncio, recuperar a voz²³.

Nessa linha, não há dúvidas que em nosso país o - tradicional - acesso à justiça tornou-se arcaico com relação à realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade e como consequência, deixa lacunas na resolução de litígios, bem como não satisfaz os prognósticos de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória.

Ao abordar os meios alternativos de solução de controvérsias é fundamental que qualquer ideia de privatização do processo fique afastada. Nesse sentido, convém trazer à baila o ensinamento do ilustre professor Barbosa Moreira: “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutras, falsa; em todos, perigosa”²⁴.

Em uma nova concepção de acesso à justiça, o Estado compromete-se a resolver conflitos por meio de diversos sistemas de resolução de controvérsias e não exclusivamente pela via dos

²² SANTIAGO, Marcus Firmino. **Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional**. Revista de Processo: RePro, v. 32, n. 146, abr. 2007, p. 32-48.

²³ WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 217-218.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Privatização do Processo?** in Temas de Direito Processual, 7ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 7-18, p. 11.

tribunais²⁵, para tanto, a conciliação, bem como a mediação se destacam como meios propulsores, conforme será demonstrado no próximo tópico.

1.4. Justificativas para a defesa da solução consensual dos conflitos

Como anteriormente abordado, o Poder Judiciário Nacional defronta uma situação em que pesa, preliminarmente, a sobrecarga de processos, aquinhoadada com a crise de desempenho e a conseqüente perda de credibilidade²⁶.

Outrossim, observa-se que o mecanismo predominantemente empregado pelo Poder Judiciário é o da solução adjudicativa, representada pela sentença judicial. A ilação dessa cultura jurídica traz como efeito o aumento exacerbado da quantidade de recursos e execuções judiciais, o que justifica o embaraço não só das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até da Suprema Corte.

Discorrendo sobre o acesso à justiça, Kazuo Watanabe registra que no Brasil “temos um meio normal, usual, que é a solução pelo Poder Judiciário, pela autoridade do Estado, e os meios alternativos, ainda em fase de organização”²⁷.

Não é sensato, tampouco justo, que a defesa dos equivalentes jurisdicionais seja feita apenas com base nos argumentos relacionados à ineficácia, morosidade, ou outros motivos que influenciam para uma visão negativa da jurisdição estatal no trato das controvérsias que lhe são submetidas para apreciação.

Outras razões fundamentam e reforçam a defesa dos métodos alternativos de solução de controvérsias, como seu escopo social, qual seja, a pacificação da sociedade. Tendo a ciência de que a controvérsia, dissenso, é inerente ao ser humano e à vida em sociedade, obter das partes uma solução consensual para seus conflitos tem um grande potencial de gerar paz a estes, o que tem reflexos na sociedade como um todo.

²⁵ SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009, p. 26.

²⁶ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Gen, 2011, p. 17.

²⁷ WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 53.

Como já fora mencionado, apesar de também perseguir tal fim, a jurisdição estatal tem esbarrado na ampla dilatação processual, especialmente pelas vias recursais e, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, o sentimento de ter sido derrotado, pode fazer inclusive com que se crie embaraços ao seu cumprimento. Resta evidenciado que uma solução consensual tem maiores chances de atingir a esse fim do que a lógica determinista binária do “ganha” ou “perde”. Para Fabiana Marion Spengler:

A justiça consensual surge como resposta ao disfuncionamento do modelo judiciário tradicional, resgatando um modo de regulação social que embora possa ser percebido como um instrumento de integração apresenta-se como um procedimento geralmente informal, através do qual um terceiro busca promover a comunicação e, conseqüentemente, as trocas entre as partes, possibilitando que as mesmas se confrontem, em igualdade de posições, buscando o consenso. Essa busca pelo consenso ocorre mediante a apropriação, pelas partes, do poder de tratar seus conflitos²⁸.

Incutir os meios alternativos de resolução de conflitos, em evidência os consensuais, diminuiria consideravelmente o número de sentenças, recursos e execuções. Todavia, a principal transformação social seria a mudança de mentalidade dessa cultura jurídica instrumental, com o fito de procurar uma solução mais adequada para a resolução de conflitos, levando-se em conta todas as peculiaridades e especificidades dos litigantes e seus litígios.

Sob o escopo político, especialmente sob o prisma da democracia participativa, dar às partes a oportunidade delas próprias solucionarem seus conflitos também pode ser considerado um ato democrático, substituindo a forma adjudicada representada pela sentença proferida pelo Estado-juiz.

Sublinhe-se, de igual modo, que essa nova concepção de acesso à justiça implica sua ampliação na medida em que os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam-se mais próximos, simples e desburocratizados, permitindo, assim, a aproximação do sistema de justiça daqueles que, não contemplados pelo sistema tradicional, não chegariam ao sistema de resolução de conflitos.

Há, por fim, o fundamento jurisdicional, que basicamente consiste em desafogar o Judiciário, retirando de seu âmbito um número expressivo de demandas que ele seria obrigado a decidir. Como já dito, prevalece a - arraigada - cultura do processo e principalmente da

²⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento do conflito. Ijuí: Ed. Ijuí, 2010, p. 3038.

sentença. Tem-se o falso ideal de que métodos alternativos de solução de conflitos, são como sugere o nome, alternativos.

O Ministério da Justiça é o primeiro a indicar, na exposição de motivos que acompanha o diagnóstico dos meios alternativos de resolução de disputas no Brasil, a relação estreita e turbulenta entre a crise do Poder Judiciário e o aumento progressivo das demandas que lhe são submetidas, em razão da judicialização de conflitos e, por conseguinte, da criação acelerada de novos direitos²⁹.

Nessa linha, deve-se valorizar e fomentar a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, comunitários e/ou estatais e é imprescindível desapegar-se da visão de que só é possível a resolução de um conflito por um caminho exclusivo ou quando houver intervenção estatal e construir-se a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes³⁰.

Tem-se a (falaciosa) percepção que a solução correta e coerente com o avançado estágio de civilização em que se encontra a sociedade moderna é a obtida pelo processo jurisdicional, pela sentença. Sob o manto do amplo acesso à justiça, este pensamento conduziu o afastamento da subsidiariedade da jurisdição, levando o Poder Judiciário ao um acúmulo invencível de demandas que, por sua vez, é uma dos grandes responsáveis pela criticada lentidão da prestação jurisdicional. Em uma análise mais crítica, ponderam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten:

A cultura demandista que se instalou na sociedade brasileira, por conta de uma leitura irreal da garantia constitucional do acesso à justiça que tanto de buscou nos últimos trinta anos, permitiu com essa oferta, o desaguadouro geral e indiscriminado no Judiciário de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, obrigando-o a albergar desavenças que beiram o capricho dos litigantes, como as controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica, que não justificam a judicialização, podendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato estatal³¹.

²⁹ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. **Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais: sistemas alternativos de solução e administração de conflito**, p. 13.

³⁰ SALES, Lilia Maria de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, 2009, p. 75-88.

³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A Garantia de Acesso à Justiça e o uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoesanteriores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/173-a-garantia-de-acesso-a-justica-e-o-uso-damediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

Nessa linha, o mais sensato é que o sistema de resolução de conflitos seja colocado exatamente ao lado do processo judicial como uma opção que objetiva reduzir o custo e a demora dos procedimentos. O abandono da ideia de que um sistema somente é eficiente quando para cada conflito há uma intervenção jurisdicional é urgente. O ideal é que a provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passasse a ter um caráter subsidiário. Nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes,

o sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária³².

Para Petrônio Calmon, considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, embora seus mecanismos mais eficientes sejam eminentemente uma atividade privada, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização, promovendo uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para a obtenção da autocomposição³³.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, por meio da qual elegeu os meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos, mais especificamente a conciliação e a mediação, como potenciais saídas para a pacificação social efetiva e, reflexamente, para a desobstrução do acúmulo invencível de demandas que sobrecarregam o Judiciário e comprometem a qualidade da prestação jurisdicional, o tema será tratado em tópico específico ao longo do presente trabalho.

1.5. Tratamento de conflitos sob a perspectiva das novas práticas para a resolução de disputas

Quando o Estado se atribuiu o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses vedou a utilização da autotutela, até então o meio mais eficaz e massivamente utilizada pelas partes envolvidas no conflito. Entretanto, somente se vedou o emprego de atitudes ilícitas. Ao se proibir a autotutela não significa que se retirou por completo dos cidadãos o poder de resolver seus conflitos. Pelo contrário, o Estado, e mais propriamente a jurisdição deve atuar em caráter

³² MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 107.

³³ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7 e 345.

subsidiário, apenas quando o conflito não puder ser resolvido pelas próprias partes nele envolvidas.

Ao discorrer sobre os mecanismos pacíficos de resolução de conflitos, Paulo Otero propõe uma distinção entre os meios jurisdicionais e os meios não jurisdicionais³⁴. Os meios jurisdicionais envolvem a intervenção de tribunais na resolução do litígio e a respectiva decisão tem força de caso julgado, sendo esta modalidade integrada por tribunais judiciais e tribunais arbitrais. Por outro lado, os meios não jurisdicionais não envolvem a intervenção de tribunais e não gozam da estabilidade das sentenças, podendo consistir em negociações diretas, bons ofícios, mediação e conciliação.

A doutrina questiona a palavra “alternativos” porque pressupõe a existência de outro método de solução de conflitos que seria o meio ordinário. Petrônio Calmon explica que essa denominação decorre de uma visão científica que trata a jurisdição estatal como único meio ordinário de pacificação social, decorrente de uma cultura de Estado intervencionista e que expressa imprecisão histórica e técnica: “A uma porque o meio mais antigo de solução de conflitos não é o judicial. A duas porque os meios chamados alternativos não excluem o judicial, pois na verdade todos se complementam”³⁵.

Nesse panorama, assinala-se que um sistema descentralizado, acessível, informal e desburocratizado de resolução de conflitos, com recurso a meios alternativos e complementares à jurisdição, focado na conciliação, na mediação e na arbitragem, seja por meio de serviços ofertados exclusivamente pelo Estado, seja com recurso a ações de iniciativa da sociedade civil revela-se urgente em nosso país.

O movimento de expansão dos meios consensuais de resolução de conflitos tal fenômeno também é denominado de “fuga à jurisdição”³⁶ e aponta-se a crescente utilização desses meios alternativos como tendência mundial.

Nessa linha, faz-se necessário abordar uma perspectiva no direito comparado, mais especificamente, no âmbito dos Estados Unidos da América, onde novas práticas tiveram

³⁴ OTERO, Paulo. **Lições de introdução do estudo do direito**. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998. v. 1, tomo 1, p. 104.

³⁵ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87.

³⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. **A outra justiça**: ensaio de direito comparado sobre os meios alternativos de resolução de conflitos. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 36, n. 115, p. 85-117, 2009, p. 86.

origem, o que pode ser explicado pela própria mentalidade liberal lá predominante. Trata-se, efetivamente, do berço dos movimentos alternativos de resolução de conflito.

A mediação, tal como é concebida hoje, desenvolveu-se nos Estados Unidos no início do século XX, a partir de experiências cidadãs de grupos minoritários de imigrantes, tais como chineses e judeus, que não encontravam na justiça do Estado respostas adequadas à administração de seus conflitos.

Assinala-se que, em Los Angeles (USA), foi criada a primeira Corte de Conciliação em 1939³⁷, com o objetivo de preservar a vida familiar, proporcionando soluções amigáveis para controvérsias familiares, buscavam atingir a reconciliação.

Foi, no entanto, na década de 70, na sequência da luta e defesa dos direitos civis e do advento dos primeiros indícios de crise estrutural dos tribunais, que o recurso à mediação e a outros métodos alternativos às instâncias judiciárias se vulgarizou, compondo o que se convencionou chamar *Alternative Dispute Resolution (ADR)*³⁸, cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. Como tal, ela foi exportada primeiramente aos países de língua inglesa, mais tarde à Europa continental e posteriormente à América do Sul.

Com elas, passou-se a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a possibilidade de “ganho mútuo”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo e consensuado. Genericamente, trata-se de vários métodos de superação de desajustes entre indivíduos ou grupos através do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e da maneira como cada um percebe a relação entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas³⁹, possibilitando, principalmente, um tratamento qualitativamente superior dos conflitos, no qual reside a sua importância.

Tratando-se de procedimentos informais, particulares e muitas vezes confidenciais, os métodos de tratamento de conflitos estabelecem uma ordem consensuada contrária àquela

³⁷ CAGNA, Marilis Tereza. **Mediação de Conflito: Uma abordagem transformativa**. Disponível em: <<https://mediandofbmg.wordpress.com/2013/03/18/mediacao-de-conflito-uma-abordagem-transformativa-2/>> Acessado em 11 jun. 2017.

³⁸ No Brasil, utilizamos “Meios alternativos de resolução de conflitos” (MARC) que é a denominação mais utilizada no tratamento dos mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito à margem da via jurisdicional, expressão que da tradução do termo mais recorrente na doutrina internacional para seu tratamento é justamente ADR – “Alternative Dispute Resolution”.

³⁹ NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. **Systematic analysis in dispute resolution**. New York: Quorum Book, 1991.

solução imposta pelo Poder Judiciário e que, na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio.

Nesse cenário, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado. Já na ordem imposta, as partes possuem um controle limitado sobre o procedimento e o seu êxito. Na ordem consensuada utiliza-se inúmeras estratégias, entre elas, há a negociação - que é muito comum na vida do ser humano, utilizado desde a tenra infância, quando a criança negocia um brinquedo -. Ela acontece a qualquer tempo e lugar e, antes de ser “um fato jurídico”, é um “acontecimento natural”⁴⁰.

Essas estratégias (que escapam da dicotomia ganhar/perder) permitem ampliar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas, incrementar a capacidade de diálogo e a predisposição de pessoas e grupos que possam e queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão⁴¹.

Os acordos alcançados através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem em muitos casos resolver disputas e diferenças, dando aos participantes a possibilidade de elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. Conforme assinalado no *item 1.1*, trata-se de processos construtivistas conforme as lições de Deutsch. E é nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível.

2. O MÉTODO E O CONFLITO: DISTINÇÕES ENTRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Antes de proceder à escolha do método de solução ou resolução de conflitos, é preciso conhece-los e diferenciá-los, objetivando uma escolha adequada. No entanto, para que esses métodos de resolução de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é, definitivamente, deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para reenxergá-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo⁴².

⁴⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

⁴¹ SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Trad. Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999, p. 17-27.

⁴² Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili in: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi**. Milano: Giuffrè, 2003, p. 10.

Nesse cenário, tal perspectiva significa abrir mão da lógica processual judiciária de vencedor/perdedor para passar a trabalhar com a lógica do vencedor/vencedor desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a conciliação e a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensual para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e cooperação.

2.1. Conciliação

A história da conciliação no Brasil nos remete à Constituição do Império, outorgada em 1824, dois anos após a independência do Brasil. Nela, mais que estimulada, a conciliação era *conditio sine qua non* para o acesso ao poder judiciário. Seu artigo 161 dizia: *Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo*. No artigo 162 havia a disposição de que *“para esse fim haverá juiz de paz”*. Uma das razões por ter sido uma experiência de pouco sucesso deve-se ao fato de que, os “juizes de paz”, mencionados no artigo 162, tiveram suas atribuições esvaziadas com a reforma de 3 de dezembro de 1841, que alterou o diploma processual à época vigente, e que foi impulsionada pelos grupos reacionários da época.

No século seguinte, sob a égide da Constituição de 1891, consta da obra de Paula Baptista, “Compêndio de Teoria e Prática de Processo Civil Comparado com o Comercial e de Hermenêutica Jurídica”, consta a anotação de que “a conciliação, como ato judicial necessário, foi inteiramente eliminada de nossas leis processuais, federais e estaduais”, uma vez que “era, apenas, uma inutilidade dispendiosa”.

Extraí-se, desse breve exame histórico, que a generosa ideia de uma abrangente política pública de tratamento de conflitos de interesses adotada pela nossa primeira Carta Política, fruto da visão apurada daqueles que àquela altura detinham o poder, sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério em sua implementação. Nas Constituições de 1891 e 1934 foi facultado aos Estados legislar localmente sobre matéria processual, ocasião em que São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, e Rio Grande do Sul, inseriram o instituto em seus textos legislativos.

Em que pese manifestar-se de forma arraigada a prevalência da cultura do litígio e da adversidade, houve constante incentivo à conciliação, tanto nas Constituições anteriores quanto na atual. Embora não tenha sido contemplada textualmente no Código de Processo Civil de

1939, restou prevista na lei especial nº 968 de 1949, que tratava do desquite e dos alimentos e, ainda, teve seu espaço garantido no Código de Processo Penal de 1941⁴³.

Contemporaneamente, a autorização e o incentivo aos mecanismos adequados de solução de controvérsias podem ser extraídos de diversos preceitos legais, a começar pela Constituição Federal de 1988, que em seu preâmbulo expressa o compromisso, “*na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”.⁴⁴

No antigo diploma processual civil, Lei nº 5.869 de 1973 (CPC/1973), a conciliação ganhou relevo com o advento da Lei nº 8.952/94, introduzindo ao artigo 125, que versava sobre os poderes e deveres do magistrado na direção do processo, o dever de “*tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*”, conforme insculpido no inciso IV. A lei nº 8.952/94 alterou, ainda, o artigo 331 do CPC/1973, que tratava da audiência preliminar, novamente tratando da conciliação.

Logo após, com a criação dos Juizados Especiais pela Lei nº 9.099/95, a conciliação tornou-se um princípio norteador, instituindo em seu artigo 3º a competência para a conciliação das causas a eles submetidas, quando viável. Igualmente, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a conciliação possui previsão semelhante no artigo 3º da Lei nº 10.259/01.

De acordo com a definição de Bacellar⁴⁵, a conciliação é um processo técnico autocompositivo, que apresenta formato consensual para resolução do conflito, extinguindo-o mediante a consolidação de um acordo. Para tal, um terceiro imparcial por intermédio de perguntas, propostas e sugestões, orientando e auxiliando as partes a encontrar soluções que possam convergir aos seus interesses.

Podendo ser exercida tanto dentro do procedimento judicial, quanto fora dele, a conciliação é indicada para lidar com relações eventuais, como as de consumo, e outras igualmente casuais, onde não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas

⁴³ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Gen, 2011, p. 43.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, preâmbulo, “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.111.

apenas o objetivo de equacionar interesses, via de regra, materiais. Não há, no entanto, uma abordagem aprofundada sobre o conflito ou sobre os envolvidos.

O conciliador possui uma atuação positiva, participando de maneira enfática. Todavia, não é o conciliador quem decide, ele apenas fomenta um consenso entre as partes, apresentando argumentos, viabilizando diferentes opções para que as partes, consensualmente, solucionem o conflito⁴⁶.

Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial, ou para nele pôr um ponto final, caso ele já exista. A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para alcançar um acordo.

O resultado nem sempre é completamente satisfatório, ainda que nenhum dos envolvidos possa constranger as partes a aceitarem determinado acordo, até mesmo porque isso foge completamente do escopo do instituto, que busca a autocomposição, ou seja, a ideia de consensualidade não deve ser afastada de forma alguma pois, a coerção, a imposição da decisão, ainda pertence ao Poder Judiciário.

2.2. Mediação

A mediação, como ética da alteridade⁴⁷, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do indivíduo. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, artigo 165, §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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁷ Sobre alteridade, Warat escreve que “falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo e a nós mesmos... Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro... nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, no litígio” in WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 62.

sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio⁴⁸.

Trata-se de uma forma não hierarquizada de solução de disputas, onde duas ou mais pessoas contam com a catálise de um terceiro (mediador) para, conjuntamente, imergir no conflito com o fim de chegar a um acordo sobre a disputa que se instalou na relação. O mediador deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito pelas partes. As partes expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo⁴⁹.

Cabe, portanto, ao mediador colaborar com os mediados para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns. Nessa linha, destaca-se que há vários modelos de mediação, mas, de regra, recomenda-se a realização de encontros preparatórios ou entrevistas de pré-mediação.

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

A palavra “mediação” remete à ideia de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito⁵⁰.

2.3 Acesso à justiça, adequação ao conflito e a recente evolução normativa

⁴⁸ Idem, p. 54.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, artigo 165, §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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵⁰ HAYNES, John M. **Fundamentos de la fundamentación familiar**: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida. Madrid: Gaia, 1993.

No Brasil, a mediação ganha relevância apenas na última década, com a edição pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que institucionalizou a "*Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*".⁵¹

O termo “adequado”, comumente utilizado em relação aos meios consensuais e adotado pela referida Resolução, deve ser interpretado pelo paradigma de que, racionalmente, nenhuma solução poderia ser melhor do que aquela encontrada pelas próprias partes envolvidas no conflito, portanto, nada mais quer do que instituir os meios para se chegar a tal resultado.

Daniel Amorim Assumpção Neves, em sua obra, polemiza o emprego do termo “adequado” da forma como se tem atribuído aos métodos autocompositivos, pelo argumento abaixo transcrito:

Registro que não concordo com a parcela doutrinária que prefere renomear a autocomposição e a mediação como “meios adequados” de solução dos conflitos, porque adequado é resolver o conflito, não se devendo afirmar a priori ser um meio mais adequado do que outro. Se esses são os meios adequados, o que seria a jurisdição? O meio inadequado de solução de conflitos? Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas, certamente, chamá-los de “meios adequados” não parece ser o mais conveniente. Por isso é preferível denominá-los simplesmente de “equivalentes jurisdicionais”⁵².

Com a devida *vênia* e, não questionando a plausibilidade do argumento, registra-se aqui a discordância com o mesmo, considerando a maior adequação da solução encontrada pelas próprias partes, como ora defendido. Por sua vez, não faz com que a jurisdição estatal possa ser considerada um meio inadequado, mas subsidiário.

Pode ser considerada, ainda, forma de promoção e preservação da dignidade da pessoa humana, pois extraída da vontade das partes, e não impostas verticalmente pelo Estado através da sentença.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este

⁵¹ Mesmo tendo sido institucionalizada com o advento da Resolução nº 125/2010, antes disso a mediação já era praticada no país, mesmo com a ausência de positivação sobre o tema, de controle estatístico e sobre os parâmetros em que vinha sendo desenvolvida.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015. p. 45.

sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade) (...)⁵³.

A mediação possibilita ao jurisdicionado a preservação e o respeito de sua dignidade, no sentido de proporcionar outra forma possível para a resolução de controvérsias; alternativa esta que visa oportunizar uma construção mútua, onde as partes envolvidas possam ser de fato as protagonistas desta relação, compartilhando dúvidas, apreensões, sentimentos e problemas inerentes ao conflito; mas também possíveis soluções e mudanças de posturas para a pacificação do mesmo.

Nesta forma de solucionar conflitos não existirá derrotados ou vencedores, mas uma solução que satisfaça às duas partes. Deste modo, nasce a possibilidade de desenvolvimento de reformulação das questões cotidianas a que todos estamos sujeitos - as quais influenciam direta ou indiretamente nas relações interpessoais – e, então, passa-se a construir relações pautadas no diálogo, logo a relação adversarial tende a ocupar cada vez menos espaço.

A Resolução nº 125/2010 inova ao atualizar o conceito de acesso à justiça, comumente tido como o direito formal à apreciação judicial, que passa a implicar também o acesso à ordem jurídica justa⁵⁴, e a soluções efetivas, por meios adequados.

Seguindo pela exposição dos motivos que levaram à edição do instrumento, encontra-se a preocupação com o crescimento exponencial dos conflitos de interesses, tratado como um fenômeno irrefreável, como é de se esperar na sociedade moderna. Nesse contexto, atribui aos meios consensuais o *status* de Política Pública, a ser estimulada perenemente, buscando ainda a uniformização dos procedimentos, com o intuito de evitar disparidades de orientação e prática, assegurando a coesão da política pública a ser implantada. O passo mais importante e ambicioso para a efetiva implementação, é a criação de *Juízos de resolução alternativa de conflitos*⁵⁵, definidos como *verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria*.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 52-53.

⁵⁴ WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵⁵ No item 3.1. é utilizada a denominação que melhor contempla os órgãos a serem criados, qual seja, “centros judiciários de solução consensual dos conflitos”.

O protagonismo do CNJ no desenvolvimento de tal política pública deve-se ao seu escopo constitucional. Criado em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, o órgão que integra a estrutura do Poder Judiciário tem como principal atribuição o controle (interno) da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário⁵⁶, cabendo-lhe, ainda, o zelo pela observância ao artigo 37 da CRFB/88, que elenca os princípios e traça as diretrizes gerais para o exercício da Administração Pública. Nesse ponto, merece destaque o princípio da *eficiência*, pois oportunizar ao jurisdicionado outras formas de solucionar seus conflitos, por meios que na prática são tão ou mais efetivos que o litígio judicial, pode representar maior adequação, celeridade, desobstrução do Poder Judiciário e economia aos cofres públicos pois, apesar dos investimentos necessários para montar a estrutura dessas “câmaras de conciliação e/ou mediação”, o procedimento em si é menos oneroso, proporcionando uma potencial sustentabilidade a esses órgãos.

A institucionalização que se pretende para esses meios alternativos de resolução de conflitos, tão bem exposta nas considerações da Resolução nº 125/2010 é, como explica Daniela Monteiro Gabbay:

(...) implementação, regulação e suporte conferidos pelo Poder Judiciário quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei) com regras acerca de seu procedimento e funcionamento, existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e provimento de cargos para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos e do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato.⁵⁷

A Resolução nº 125/2010 foi o primeiro grande passo para a implementação e recrudescimento da política pública de meios alternativos de resolução de conflitos, mas não foi o único. Cinco anos depois e, quase que concomitantemente, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei de Mediação⁵⁸, e a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil. Juntas, a Resolução nº 125/2010, a

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 103-B § 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos**. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011, p. 64-65.

⁵⁸ Mesmo não havendo tratamento sobre a conciliação na lei de mediação, é possível utilizar suas disposições para vislumbrar a forma como a conciliação deve acontecer, bem como os critérios a serem utilizados pelo conciliador.

Lei nº 13.140/15 e o CPC/2015 formam o microsistema normativo de meios alternativos de solução de conflitos. Como não poderia ser diferente, o novo diploma processual civil contempla em seu texto forte estímulo à autocomposição, do contrário andaria na contra-mão da política pública que se quer aprofundar, bem como do processo civilizatório.

O ora dito, não exclui as discussões travadas quanto aos problemas de harmonização entre a Lei de Mediação e o CPC/2015, pois este fora aprovado antes da Lei de Mediação, todavia, esta entrou em vigor antes daquele, que contou com *vacatio legis* de 1 (um) ano⁵⁹.

Alguns autores sustentam, com fulcro jurisprudencial que, tendo o CPC/2015 entrado em vigor depois, ele revoga a Lei Brasileira de Mediação no que com ela for incompatível. Para outros, embora a Lei 13.140/15 tenha entrado em vigor antes⁶⁰, ela é lei especial e, sendo assim, derroga lei geral posterior naquilo que com ela for incompatível. A harmonização entre as duas deve se dar na prática, realizando uma combinação das duas leis, buscando a real intenção do legislador, extraindo o sentido e a interpretação mais adequada ao caso concreto⁶¹.

2.4 Princípios Norteadores da Mediação e da Conciliação

A análise sobre os princípios da mediação e da conciliação será feita de forma conjunta, enfatizando o instituto da mediação, em razão da sua maior complexidade, estando abrangida a conciliação naquilo que não lhe for efetivamente incompatível. Tal análise deve se dar, ainda, à luz das diferentes normas informadoras dos institutos.

No código de processo civil, a matéria é tratada no artigo 166, que traz em sua redação que “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”. Na Resolução nº 125/2010, estão estampados no artigo 1º do anexo III, que dispõe em seu texto que “são princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes,

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, CPC/2015, art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**, art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶¹ DONIZETTI, Elpídio **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 437.

empoderamento e validação”. Já na Lei Brasileira de Mediação, tal previsão se faz presente em seu artigo 2º, sendo estes a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e a boa-fé.

Antes de analisar cada um desses princípios, que praticamente se repetem, é válido apontar que, a *independência* e a *decisão informada*, são princípios previstos tanto no CPC/2015 quanto na Resolução nº 125/2010, todavia, não constando da Lei Brasileira de Mediação. Por outro lado, a *isonomia entre as partes*, a *busca do consenso* e a *boa-fé* são princípios que estão previstos tão somente na Lei de Mediação. Todavia, a aplicação e interpretação dos princípios atinentes deve se dar de forma harmônica e integrada. Não se pretende proceder a análise de todos os princípios relacionados aos institutos estudados, e sim os mais relevantes.

2.4.1. Princípio da confidencialidade

Por confidencialidade, entende-se que os fatos, situações e propostas, ocorridas durante as sessões de mediação, são sigilosos e privilegiados, impondo às partes e mediadores o dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas⁶².

No CPC/2015, tal dever consta do artigo 166, §1º, que estabelece que 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. O §2º complementa, dizendo que 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.

Na Lei Brasileira de Mediação, esse dever está previsto nos artigos 30, que dispõe que *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*. Em seu § 1º, apresenta a melhor delimitação sobre o alcance do princípio, recaindo sobre:

⁶² Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 118.

- 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 mediação⁶³.

O §2º versa sobre a inadmissibilidade da prova colhida em desacordo com o princípio da confidencialidade, tanto no procedimento arbitral quanto no processo judicial. Uma das hipóteses de afastamento do princípio ora tratado está prevista no §3º, que é a hipótese de ser conhecida a informação da prática de crime de ação penal pública, no que deve ser reportada à autoridade competente.

Nota-se que, como nosso ordenamento jurídico não exclui da apreciação judicial a ameaça a direito, defende-se aqui que caso fique caracterizada a intenção de algum dos mediados em cometer conduta típica, seja afastado o princípio em tela, em razão da ameaça à Ordem Pública como um todo. Por exemplo, uma ameaça de morte feita em uma sessão de mediação ensejaria a quebra do princípio da confidencialidade. Ainda com base na Ordem Pública, tal princípio não afasta o dever de prestar informações à administração tributária quando do termo final⁶⁴.

Já o artigo 31 da Lei Brasileira de Mediação estabelece que *será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado*.

A Resolução nº 125/2010 é mais incisiva no tratamento dado a tal princípio, no que pode ter extrapolado, por exemplo, o princípio da *razoabilidade*, pois veda, em qualquer hipótese, que o mediador venha a atuar como advogado de alguma das partes envolvidas no conflito, conforme se extrai do artigo 1º, inciso I, do Anexo III da aludida Resolução. É razoável que o mediador não atue como advogado de uma das partes, por exemplo, na eventualidade de não se chegar a um acordo, naquele conflito especificamente. Todavia, não é razoável que não possa representar uma, ou até mesmo ambas as partes, nos casos que não guardem relação com aquele que tenha mediado, desde que esteja superado o conflito.

⁶³ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**, art. 30, §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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

O CPC/2015 suplanta essa disposição em seu artigo 172, ao prever que *o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.*

Um dos principais argumentos para a defesa do aludido princípio é seu potencial de fazer com que as partes de fato se abram durante o procedimento, que o conflito seja apresentado por todos os ângulos e, assim, possa se vislumbrar um efetivo acordo. Garante, ainda, que mesmo quando frustrada a tentativa autocomposição, aquilo que tiver sido falado ao longo das sessões, não terá o condão de prejudicar qualquer dos envolvidos. Na prática, significa dizer que, não sendo possível o acordo, é como se aquele procedimento nunca tivesse existido.

2.4.2. Princípio da decisão informada

Trata-se do dever de manter as partes plenamente informadas quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridas. Possui previsão na Resolução nº 125/2010, artigo 1º, II, do Anexo III, e no artigo 166, *caput*, do CPC/2015. Como já apontado, não possui previsão na Lei Brasileira de Mediação, o que se deve ao fato de não se exigir formação jurídica⁶⁵ para ser conciliador ou mediador, logo, não sendo possível exigir que os mesmos consigam manter o jurisdicionado plenamente informado sobre seus direitos, tampouco o contexto fático em que estão inseridos.

Ainda que deva observância ao ordenamento jurídico vigente, o que de fato se espera de um mediador/conciliador com formação diversa da jurídica são conhecimentos relacionados à sua atividade em si, o que inclui o domínio das técnicas necessárias para se chegar à solução consensual dos conflitos.

Pela sua lógica não adversarial, e por ser o grande escopo da mediação, a busca do entendimento entre as partes, do restabelecimento do diálogo, deve ser priorizado, ainda que implique em colocar, por vezes, o direito em segundo plano.

⁶⁵ Ainda que não seja exigível formação jurídica, é requisito para a função de mediador possuir nível superior completo, vide artigo 11 da Lei Brasileira de Mediação: BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**, 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

É possível uma abordagem crítica sobre o referido princípio, na medida em que possa se revelar contraproducente apresentar às partes uma análise profunda sobre os direitos postos em disputa, no sentido de apontar a quem este pertence. Tendo como norte a pacificação social, bem como a preocupação com a manutenção da relação entre os envolvidos, é mais recomendado que seus respectivos patronos os mantenham informados sobre seus direitos. Dessa forma, ainda evita-se que fique demonstrado qualquer tipo de favoritismo por parte do mediador.

Nesse sentido, a participação do advogado deve sempre ser prezada, e sua atuação deve estar alinhada aos fins da autocomposição, assumindo uma postura não adversarial, mas de proteção aos direitos do cliente. O §9º do artigo 334 do CPC/2015 dispõe que *as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos*.

2.4.3. Princípio da Imparcialidade

Consiste no dever de agir sem qualquer tipo de favoritismo, garantindo que a condução se dará sem qualquer tipo de preferência ou preconceito, bem como que valores e concepções pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito, evitando armadilhas que possam fazer com que a atuação do mediador seja questionada por pender para um dos lados, como aceitar presentes, ou trocar favores com as partes⁶⁶.

A imparcialidade é imprescindível para à solução do conflito. Tanto na jurisdição, quanto nos chamados equivalentes jurisdicionais, a imparcialidade deve ser fielmente observada. A solução só será justa e adequada se o terceiro envolvido for imparcial.

Ser imparcial é diferente de ser inerte, como aponta o §3º, do artigo 166 do CPC/2015, ao admitir que sejam empregadas técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, sem que represente ofensa ao dever de imparcialidade do conciliador ou do mediador, mesmo que atue de forma intensa e presente.

2.4.4. Princípio da Independência e da Autonomia

⁶⁶ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 114.

No âmbito de sua atuação, conciliadores e mediadores não podem ser submetidos a qualquer espécie de pressão, seja ela interna ou externa. Tal atuação deve se dar de forma livre e desimpedida, sendo permitido recusar, suspender, ou interromper a sessão, quando ausentes as condições imprescindíveis para seu regular desenvolvimento.

Nessa linha, a independência possibilita, ainda, que o mediador ou conciliador deixe de redigir solução contrária à lei ou inexequível⁶⁷. Demonstra a prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito, em detrimento da vontade das partes.

No que tange à autonomia da vontade das partes, cabe destacar os artigos 166, §4º, do CPC/2015, e 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Brasileira de Mediação, abaixo e respectivamente transcritos:

A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação⁶⁸.

Além da liberdade para estabelecer as regras procedimentais, a permanência no procedimento também está sujeita ao livre arbítrio das partes, que podem abandoná-lo a qualquer momento⁶⁹. Quando prevista contratualmente, a cláusula de mediação não vincula os contratantes a obterem uma solução através desta, ainda que se preze pelo comparecimento ao menos na primeira reunião.

Se a solução deve ser obtida consensualmente, por óbvio que as partes não podem ser tolidas ao expressarem suas vontades, não podem sofrer qualquer restrição quanto a sua independência e autonomia.

Sob a perspectiva do mediador, a independência e a autonomia buscam impedir que o mesmo seja impelido a praticar ato contrário à lei, seja por pressão interna ou externa, no que possui ampla liberdade para determinar os rumos do procedimento quando ausentes as condições necessárias para seu desenvolvimento.

Em relação às partes, se alinha à liberdade que possuem para participarem ou, querendo, deixarem o procedimento autocompositivo.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**, art. 1º, V, do Anexo III. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 117.

Na conciliação, a autonomia da vontade das partes é mitigada, pois o conciliador pode sugerir soluções. Todavia, não é de fato afastada, pois cabe às partes aceitar ou não a solução apresentada.

2.4.5. Princípio da oralidade

Por tal, depreende-se que a comunicação entre as partes, conciliadores e mediadores será feita principalmente na forma oral. Eventuais anotações escritas, como as que o mediador pode fazer uso para melhor compreender a dinâmica do conflito, as posições e interesses das partes, devem ser descartadas no instante em que não forem mais úteis.

Dessa forma, o procedimento tem ganhos na celeridade, e prestigia-se o princípio da confidencialidade, na medida em que não serão documentados os diálogos ocorridos, além de reforçar o princípio da informalidade, tratado no item ulterior.

A linguagem, na mediação e na conciliação, deve ser simplificada⁷⁰. Ao contrário do que ocorre no processo judicial, onde o contato é predominantemente entre juiz e procuradores, na mediação e na conciliação o contato entre as partes e o facilitador é feito de forma direta.

Não há qualquer razão para que seja feita uma tradução simultânea do advogado para com as partes acerca da linguagem jurídica, que pode obstar a fluidez do diálogo negocial, no que a simplificação da linguagem é importante para o bom andamento da mediação e da conciliação, e facilita o entendimento entre as partes e o mediador ou conciliador.

2.4.6. Princípio da informalidade

Sendo a autocomposição marcada pela voluntariedade, pela predisposição das partes em alcançar um acordo consensual, é razoável não sujeitá-las a burocracias desnecessárias.

A autonomia da vontade merece ser brindada com regras que flexibilizem o caminho até a obtenção do acordo, proporcionando além da rapidez no trato e solução da controvérsia, um ambiente favorável às partes, para que possam interagir de forma livre, com foco no conflito e

⁷⁰ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.120.

na sua respectiva solução, sem esbarrar em questões meramente formais, que podem sabotar o acordo ou até mesmo ensejar outros conflitos⁷¹.

2.4.7. Princípios previstos apenas na Resolução nº 125/2010

Tendo sido o primeiro texto normativo a tratar do tema, seu estudo é imprescindível para a compreensão da mediação e da conciliação.

2.4.7.1. Respeito à ordem pública e às leis vigentes

Corresponde ao dever de velar para que eventual acordo não viole a ordem pública, nem seja contrário às leis vigentes. É inadmissível que se permita que soluções consensuais acarretem desrespeito à ordem pública ou à legislação em vigor, devendo ser evitado, por exemplo, o acordo que envolva favores sexuais, dentre outros que atentem contra os preceitos legais⁷².

Ainda que na mediação, por vezes, o direito seja colocado em segundo plano, (em razão dos esforços feitos para que seja restabelecida a comunicação entre as partes), não deve ser afastado em definitivo sob qualquer hipótese.

2.4.7.2. Competência

Em sentido diferente daquele usualmente empregado no direito processual civil, onde é definida como o poder jurisdicional pertencente, em concreto, a cada órgão judicial⁷³, referindo-se à delimitação da jurisdição atribuída a cada magistrado para conhecer de determinado processo.

De forma diversa, o artigo 1º, inciso III, do Anexo III da Resolução nº 125/2010 trata a competência como o dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para

⁷¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120-121.

⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**, art. 1º, VI, do Anexo III. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁷³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008, p. 98.

formação continuada. Ou seja, a competência deve ser entendida como a aptidão, a qualificação para o exercício da função de mediador e conciliador. Tal qualificação é tratada com maiores detalhes no item 3.5. do presente trabalho.

2.4.7.3. Empoderamento

Constitui o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição⁷⁴. A ideia é que o aprendizado perdure, possibilitando às partes resolverem seus conflitos futuros sem a necessidade de participação de um terceiro, quando possível. Nessa esteira:

Empoderar uma parte é fazer com que ela adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades. Isso é útil em dois momentos do processo de mediação, dentro do próprio processo e ao seu final. No próprio processo como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão. Ao final porque o empoderamento consiste em fazer com que a parte descubra, a partir das técnicas de mediação aplicadas no processo, que tem a capacidade ou poder de administrar seus próprios conflitos⁷⁵.

A intenção é demonstrar ao cidadão comum que ele possui a capacidade de resolver seus conflitos sem a necessidade de qualquer intervenção, desde que saiba fazer uma abordagem sóbria e despolarizada do conflito, e possa empregar esforços adequados para sua solução.

2.4.7.4. Validação

Consiste no dever de estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito⁷⁶. Após realizada a solução consensual, a validação viabiliza uma aproximação das partes conflituosas. Busca fortalecer a ideia de que as partes sejam compreendidas como pessoas que buscam interesses que por vezes podem ser alcançados, por outras, não. Visa fortalecer o aspecto humano, para que as partes convivam de forma pacífica no meio social após a solução consensual.

⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**, art. 1º, VII, do Anexo III. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁷⁵ Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**, art. 1º, VIII, do Anexo III. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

2.4.8. Princípios previstos apenas na Lei Brasileira de Mediação

Por se tratar de lei especial, contempla a análise de aspectos mais específicos sobre o instituto da mediação. A priori, a aplicabilidade dos princípios a seguir expostos deve levar em consideração apenas o instituto da mediação, excluindo-se a conciliação.

2.4.8.1. Isonomia entre as partes

É de se esperar que a mediação seja melhor alcançada quando as partes encontram-se em situação de paridade, ou seja, quando existe uma isonomia entre elas. Na prática, a parte inferiorizada se sente coagida a aceitar um acordo ruim. Ao aplicar a isonomia entre as partes, busca-se afastar a ideia comum de que “mais vale um acordo ruim do que um processo bom”. Se não for possível garantir a isonomia, as partes devem se dirigir à jurisdição estatal.

Ensina Daniel Amorim Assumpção Neves que:

Caso se entenda que a isonomia exigida pelo art. 2º, II, da Lei nº 13.140/2015 é a material, a mediação ficará restrita aquelas hipóteses em que não exista qualquer espécie de hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma das partes. Não parece, entretanto, ser a solução mais consentânea com a amplitude pretendida para a mediação dentro das formas de solução dos conflitos. (...) A outra forma de interpretar a isonomia exigida pelo dispositivo legal ora analisado é a procedimental, ou seja, as partes, mesmo que não tenham a isonomia material, no procedimento de mediação devem ser tratadas igualmente, tendo as mesmas oportunidades de manifestação e com participação equânime⁷⁷.

No presente trabalho, entende-se que o princípio da isonomia deve dialogar com o princípio da igualdade material. O melhor momento para se verificar eventual desequilíbrio na relação é, certamente, quando da realização do caucus, que é o encontro do mediador ou conciliador com as partes, separadamente, ainda que com intuito diverso, qual seja, oportunizar a aproximação e estabelecer a confiança entre as partes e o terceiro⁷⁸.

2.4.8.2. Busca do consenso

⁷⁷ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 122-123.

⁷⁸ A respeito da temática, ver: **Mediação de conflitos: 5 técnicas que você precisa conhecer**. Disponível em <<http://institutedialogo.com.br/mediacao-de-conflitos-5-tecnicas-que-voce-precisa-conhecer/>> Acesso em 11 de jun. 2017

Deve haver consentimento entre as partes, no que elas precisam de um tratamento paritário para então chegar a um consenso que de fato satisfaça ambas. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

O mediador, portanto, deve buscar de forma cooperativa com as partes a solução consensual do conflito. Como informa a melhor doutrina, deve adotar técnicas de negociação para que o consenso seja atingido, como o modelo criado pela Escola de Harvard, orientado por quatro diretrizes básicas: (a) separar as pessoas dos problemas; (b) focar em interesses e não em posições; (c) inventar opção de ganhos mútuos; (d) insistir em critérios objetivos para ponderação das opções criadas⁷⁹.

2.4.8.3. Boa-fé

Para atingir uma solução consensual, é preciso que as partes estejam com seus corações abertos, dispostas a cooperar, deve estar demonstrada a clara intenção de ambos em solucionar o conflito existente.

Constitui princípio geral do nosso ordenamento jurídico, inerente à realização de todos os atos processuais, negócios jurídicos, atos da vida civil como um todo, e estar prevista na Lei Brasileira de Mediação não é nada mais do que a reafirmação desse preceito, que deveria ser observado ainda que não houvesse previsão expressa. Diz respeito à conduta a ser adotada pelas partes, que deve ser norteada pela lealdade, respeito e confiança entre os participantes.

2.4.9. Princípios Procedimentais

A Resolução nº 125/2010, em seu artigo 2º (Anexo III), traz um rol de princípios aplicáveis aos procedimentos autocompositivos, relacionados à atuação das partes e terceiros (mediadores ou conciliadores), mas também à forma como o procedimento deve se desenvolver. Abaixo a transcrição integral do dispositivo:

Art. 2º - As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os

⁷⁹ Ibidem.

princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento⁸⁰.

Destaca-se a reafirmação da autonomia da vontade, contemplada nos incisos II e III, que atribui ao conciliador/mediador o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, sem tomar partido de um ou de outro, além da ampla liberdade conferida às partes, que podem desistir do procedimento a qualquer instante, não estando sua instauração vinculada a qualquer obrigação de resultado. Do contrário, restaria afastada essa autonomia.

Mais do que calcar os alicerces, a principiologia dos referidos institutos são os grandes argumentos a serem utilizados no convencimento das partes para que estas optem pelos procedimentos autocompositivos.

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como apontado no item 2.1, a conciliação não é nenhuma novidade em nosso ordenamento, em que pese ter ganho relevância apenas na última década do século passado. Já a mediação encontra-se em fase embrionária, no CPC/1973, não havia uma única menção ao instituto, nem mesmo após as reformas que sofreu. De diferente forma, o diploma vigente, desde seu art. 3º, ressalta a importância das soluções alternativas de conflito.

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

Com muita coerência, o Capítulo III do Título IV do Livro III da Parte Geral dedica toda uma Seção à disciplina dos conciliadores e mediadores judiciais, que agora são tratados como Auxiliares da Justiça.

3.1. Da criação dos centros judiciários de solução consensual dos conflitos

No *caput* do artigo 165, o primeiro do Capítulo III, dedicado aos conciliadores e mediadores, seguindo o que já era previsto na Resolução nº 125/2010, está disposto que:

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 autocomposição⁸¹.

Daniel Amorim Assumpção Neves classifica a iniciativa como “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. Vejo como medida 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 prejudicar 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 patronos⁸².

Esses núcleos devem fiel observância às normas sobre o tema, estabelecidas pelo CNJ, conforme §1º, o que busca dar maior homogeneidade aos mesmos, para que regionalismos não interfiram excessivamente na forma como esses métodos são aplicados.

⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

⁸² Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107-108.

3.2. Adoção de técnicas negociais

Como já mencionado no item 2.4.3, o conciliador e o mediador podem fazer uso de técnicas negociais, mas não esclarece que tipo de técnica se quer ver empregada. Tal previsão é desnecessária, pois a autocomposição por si só implica em uma negociação entre as partes.

Por outro lado, o legislador pode ter dado margem ao uso de técnicas que demandam uma intervenção maior do terceiro, seja ele conciliador ou mediador, o que pode levar à criação de um ambiente intimidador, desfavorável à autocomposição. As técnicas negociais a serem adotadas devem estimular a negociação direta, isso é, entre as próprias partes, sem demasiada intervenção do mediador.

3.3. Da (não) obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação

Pela leitura do inciso VII, do artigo 319 do CPC/2015, que dispõe sobre os requisitos da petição inicial, é possível chegar à conclusão errônea de que basta o autor optar ou não pela realização da audiência de conciliação ou mediação, para que esta aconteça ou não. Esse entendimento está equivocado, pois como ensina Humberto Theodoro Júnior, à luz do artigo 334 do CPC/2015:

A audiência preliminar de conciliação ou de mediação é ato integrante do procedimento comum, só não sendo observado nas causas em que a autocomposição não for admissível nos termos da lei. (...) Assim, ainda que o autor manifeste expressamente na petição inicial desinteresse pela autocomposição, o juiz a despachará designando dia e hora para sua realização. Esse ato conciliatório somente não será realizado se o réu aderir ao desinteresse do autor em petição posterior à citação e anterior à audiência. O autor, portanto, não tem o poder de, isoladamente, impedir ou evitar a audiência. Sem a adesão do réu, a sessão ocorrerá necessariamente. Da mesma forma, o demandado também não tem poder de impedi-la pela só manifestação individual de desinteresse. Nem uma nem outra parte tem possibilidade de, sozinha, escapar da audiência preliminar⁸³.

Na hipótese de litisconsórcio, é necessário que todos os litisconsortes manifestem o desinteresse na realização da audiência, vide §6º do artigo supracitado.

É compreensível o raciocínio utilizado pelo legislador, que tornou, ao menos em regra, obrigatória a realização da audiência de conciliação ou mediação, sob o prisma de se estar

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 925.

tentando propagar a cultura da autocomposição. Dessa forma, ao menos não há (em tese) o risco de tais métodos caírem no esquecimento pelo desuso.

Todavia, é evidente que a obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação está em descompasso com sua base principiológica, especialmente com a autonomia da vontade das partes. O desrespeito à voluntariedade, necessária para a autocomposição, por si só aponta para uma tentativa frustrada, pois não basta uma parte estar disposta a fazer uma proposta, a outra tem que estar disposta a aceitá-la. Assim como não basta uma das partes querer chegar a um entendimento com a outra, se esta veementemente recusar o diálogo.

Nesse tipo de situação, não só é improvável o acordo, como a audiência pode acabar por protelar o julgamento do mérito, o que além de representar um ato fadado ao fracasso, pode vir a significar prejuízos relevantes às partes. A ideia de forçar um acordo é contraproducente, e em algum momento o legislador vai ter que retificar essa prescrição.

3.3.1. Consequências do não comparecimento

O CPC/2015 considera que o não comparecimento à audiência de conciliação, quando injustificado, constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, cuja sanção consiste na aplicação de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, nos termos do §8º, do artigo 334. Estando no âmbito da Justiça Federal, o valor será revertido para a União, de igual forma, caso esteja correndo na Justiça Estadual, reverte-se para os cofres do respectivo Estado.

Cabe salientar que o legislador, no §8º, menciona apenas a “audiência de conciliação”, sendo que alguns doutrinadores, como Humberto Theodoro Júnior, entendam essa previsão como aplicável também à mediação⁸⁴.

Na Lei Brasileira de Mediação, o artigo 22 dispõe que a previsão contratual de mediação deverá conter a penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. Caso o contrato seja silente, deve se observar os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação, o inciso quarto do artigo supra determina que o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de processo civil anotado. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 925.

vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

É válido mencionar que o não comparecimento não pode influenciar no resultado do julgamento, seja arbitral ou judicial.

3.4. Realização por meio eletrônico

No artigo 334, §7, do CPC/2015, está prevista a possibilidade de realização de audiência de mediação ou conciliação por meio eletrônico, em referência à prática do ato por videoconferência, cujo recurso tecnológico encontra amparo na legislação do processo eletrônico, Lei nº 11.419/2006.

O escopo é evitar o deslocamento da parte que resida em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde o processo esteja tramitando. Essa possibilidade deve ser compatibilizada com a observância do princípio da confidencialidade.

3.5. Capacitação dos conciliadores e mediadores

O artigo 167, §§1º e 2º, do CPC/2015, traz as previsões atinentes à capacitação dos conciliadores e mediadores, como os requisitos mínimos para o exercício da função.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

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 judiciais⁸⁵.

Dessa forma, o certificado de conclusão do aludido curso de formação é condição necessária para a atuação como conciliador ou mediador, no que poderá requerer sua inscrição

⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110-111.

no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal após obtida tal qualificação.

A Lei Brasileira de Mediação, em seu artigo 11, inclui um requisito não previsto no diploma processual, qual seja, graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação. Não é necessário ser advogado ou bacharel em direito, o mediador não precisa ter um vasto conhecimento jurídico, sendo positivo que profissionais de outras áreas, com destaque àquelas onde o trato com as pessoas (e seus conflitos) seja inerente, a exemplo da psicologia.

Sobre a possibilidade dos tribunais criarem seus próprios quadros de conciliadores e mediadores mediante concurso público (artigo 167, §2º, CPC/2015), sem dúvidas seria razoável que fosse exigido como requisito para a inscrição no certame que o candidato seja possuidor de certificado emitido por entidade habilitada para ministrar o aludido curso de capacitação.

3.6. Cadastros de conciliadores e mediadores

Já mencionado no item anterior, os conciliadores e mediadores, estejam atuando vinculados a um órgão ou autonomamente, devidamente qualificados, constarão de cadastros, onde estarão indicados dados como o número de processos que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, dentre outros dados que o tribunal julgar relevantes, nos termos do §3º do artigo 167.

No §4º do mesmo artigo, o legislador incumbe os tribunais de compilar sistematicamente os dados obtidos em relação à matéria, e publicar, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação do instituto, das câmaras, bem como da atuação dos conciliadores e mediadores.

3.7. Escolha dos conciliadores e mediadores

A escolha dos conciliadores e mediadores é claramente influenciada pelo princípio da autonomia da vontade, inerente a qualquer procedimento autocompositivo, isso porque o artigo 168 do CPC/2015 permite às partes, de comum acordo, indicar o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

Sendo o caso de escolha pelas partes, o §1º do artigo ora analisado não exige que o conciliador ou mediador escolhido esteja cadastrado no respectivo tribunal, todavia, ainda que não fique claro na redação do dispositivo, é presumível que o indicado deve possuir a qualificação necessária para atuar como conciliador ou mediador, como visto no item 3.5.

Quando inexistente o acordo entre as partes quanto à escolha do mediador ou conciliador, o §2º determina a distribuição (sorteio) entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a formação bem como a natureza do conflito. O §3º dispõe que, quando recomendável, será designado mais de um mediador ou conciliador, o que aponta que o procedimento não é necessariamente conduzido por um único terceiro. Por vezes, pode haver uma pluralidade de conciliadores ou mediadores, de acordo com o caso concreto.

3.8. Remuneração do conciliador e do mediador

O CPC/2015 traz poucas disposições sobre a remuneração do conciliador e do mediador. No artigo 169, que trata do tema, a principal disposição é quanto à observância à tabela do tribunal, a ser definida conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ.

No §1º, está prevista a possibilidade de a conciliação e a mediação serem realizadas como trabalho voluntário, e no §2º é conferida aos tribunais a prerrogativa de determinar o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, o que se justifica pelo fim de atender aos processos em que for deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento, no que andou bem o legislador, pois do contrário acabaria implicando em gastos a serem suportados pelos cofres públicos.

A remuneração dos conciliadores e mediadores é fundamental para atrair pessoas habilitadas e vocacionadas para o mister, e para o constante aprimoramento dos institutos. Não há tal preocupação, no entanto, quando o tribunal opta por criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público⁸⁶.

3.9. Impedimento do conciliador e do mediador

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 125.

No CPC/2015, não há previsão expressa sobre as causas de impedimento e suspeição dos mediadores e conciliadores, sendo aplicáveis, por analogia, as causas aplicáveis aos magistrados.

O primeiro impedimento a ser apontado, sem dúvidas, é o previsto no §5º do artigo 167 do CPC/2015, que obsta que o advogado que também seja conciliador ou mediador, advogue no juízo onde atue como conciliador ou mediador, isso pra evitar que o advogado possa captar clientela, o que é louvável.

O alcance desse impedimento é apenas para vara onde tenha atuado, e não à atuação no Tribunal como um todo, por óbvio. Ainda assim, essa previsão pode ser problemática para os municípios servidos por apenas uma única Vara, realidade comum nas cidades interioranas.

Sobre o impedimento dos mediadores e conciliadores, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Constatando alguma causa de impedimento, o auxiliar do juízo deverá comunicá-la imediatamente ao juiz da causa ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, preferencialmente por meio eletrônico, para que este faça nova distribuição (art. 170, caput). Caso o impedimento seja apurado quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador (art. 170, parágrafo único).

Estando o conciliador ou mediador impossibilitado, temporariamente, de exercer suas funções, deverá informar o fato ao centro judiciário de solução de conflitos, preferencialmente por meio eletrônico, para que não lhe sejam feitas novas distribuições durante o período (art. 171).

O novo Código prevê que o profissional, após a sua participação na conciliação ou mediação, fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou (art. 172)⁸⁷.

A Lei Brasileira de Mediação traz outra hipótese de impedimento, em seu artigo 7º, que veda a participação do mediador como árbitro em processo arbitral relacionado 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, em homenagem ao princípio da confidencialidade.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I - 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 600-601.

3.10. Causas de exclusão

No artigo 173 da Lei Processual, está previsto que será excluído do respectivo cadastro o profissional que: (i) agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar os deveres de confidencialidade ou sigilo; e, (ii) atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. A conduta imprópria será apurada em processo administrativo, nos termos do §1º do artigo em comento.

No §2º, está prevista a possibilidade de “quarentena”, isso é, o juiz da causa, ou o coordenador do centro de mediação e conciliação, se houver, pode afastar o mediador ou conciliador pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é perceptível o salto no tratamento dado aos equivalentes jurisdicionais em um curto espaço de tempo, o que também demonstra a aposta estatal feita ao promovê-los.

Todavia, tratá-los como a panaceia capaz de remediar todos os problemas envolvendo a jurisdição estatal, ou no campo dos conflitos de interesses⁸⁸ é algo a ser evitado com veemência, sob pena de transformar os esforços feitos para consolidar a política pública atinente em frustração generalizada.

É preciso ter em mente que a ideia de oferecer ao jurisdicionado uma estrutura onde ele possa, consensualmente, solucionar suas controvérsias de forma breve e efetiva, é por si só defensável. Tão importante quanto oferecê-la, é zelar pela sua integridade, isso é, pela plena observância dos princípios e regras relacionadas.

Em que pese ser possível apontar incompletudes e inconsistências no microssistema normativo, é inegável que hoje contamos com um arcabouço legal expressivo. Mesmo a mediação, tida como ainda embrionária no país, passou a contar com lei própria.

Sobre a mediação ainda ser novidade em nosso país, isso não deve ser usado com justificativa para que os aplicadores do direito criem resistência à mesma. Pelo contrário, a cultura da sentença, da decisão adjudicada, só pode ser mudada com a participação desses juristas, pois naturalmente possuem maior conhecimento sobre essas questões. No caso dos advogados, uma boa explanação sobre as vantagens e desvantagens dos métodos autocompositivos deve ser padrão, dando ao cliente elementos suficientes para que este opte, ou não, pela mediação ou conciliação em um primeiro momento.

⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015, p. 100.

O grande jurista Heráclito Fontoura Sobral Pinto, certa vez, ao ser procurado por seu amigo, poeta e empresário, Augusto Frederico Schmidt, em outubro de 1944, para que examinasse vasta documentação para a propositura de uma ação de natureza trabalhista, ponderou que, antes de aceitar a proposta, deveria examinar o caso e verificar se Schmidt tinha razão ou não. No que o poeta e empresário reagiu com perplexidade. Tendo dito ao jurista que “advogado não é juiz”, ouviu que sem exame prévio, não poderia aceitar o convite para patrocinar a causa. Do desconforto gerado pelo episódio, ficou a clássica lição dada por Sobral Pinto, abaixo transcrita:

O primeiro e mais fundamental dever do advogado é ser o juiz inicial da causa que lhe levam para patrocinar. Incumbe-lhe, antes de tudo, examinar minuciosamente a hipótese para ver se ela é realmente defensável em face dos preceitos da justiça. Só depois de que eu me convenço de que a justiça está com a parte que me procura é que me ponho à sua disposição⁸⁹.

Com isso, não se quer defender a adoção de critérios inflexíveis para patrocinar ou não determinada causa, até mesmo porque todos possuem igual direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O que se quer propor é que o advogado, mais do que um juiz inicial, como defendia Sobral Pinto, seja um potencial mediador ou conciliador dos conflitos a ele apresentados.

Um dos caminhos mais plausíveis para a consolidação da cultura da autocomposição é, sem dúvidas, a adesão dos advogados a tais métodos, por mais difícil que pareça suprimir a lógica do “perde/ganha”, natural à atuação desses profissionais.

Da análise das normas que integram o microssistema, não há qualquer dispositivo que se preocupe em afastar o desequilíbrio existente na grande maioria das relações, como o provocado pela diferença no poder financeiro das partes.

A mediação também não pode ressuscitar a ideia de justiça privada, como uma zona nebulosa onde a vontade das partes, desconsiderado o desequilíbrio supracitado, sirva como salvo conduto para perpetrar injustiças, sob o manto da verdade consensual, onde acordos despóticos também são celebrados. Definitivamente, tal possibilidade deve ao máximo ser afastada.

⁸⁹MIGALHAS. **As soberbas lições de Sobral Pinto.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI2113,31047-As+soberbas+licoas+de+Sobral+Pinto>> Acesso em: 11 de jun. 2017.

Importante destacar também que, não havendo mediador ou conciliador devidamente qualificado em determinado juízo, não deve o magistrado se ocupar de tal ofício.

Se feita a análise pelo prisma de que os equivalentes jurisdicionais tem por fim “desafogar” o poder judiciário, a audiência realizada pelo juiz seria contraproducente, na medida em que o tempo que poderia estar sendo gasto analisando e julgando os casos onde não foi possível a conciliação ou a mediação, será gasto em um ato onde não há qualquer garantia de que as partes chegarão ao acordo. Nessa hipótese, o ideal é dispensar a realização da audiência.

Além disso, a qualificação e o modo de atuar de um mediador é diferente da forma como o juiz conduz o processo, pois o magistrado está acostumado ao poder de decisão que lhe foi atribuído pelo Estado, enquanto o mediador deve ter a ciência de que não possui poderes decisórios.

Inobstante e, não menos grave, a realização de audiência pelo juiz afronta princípios que regem a mediação e a conciliação. Os princípios da imparcialidade e da confidencialidade merecem atenção especial, pois frustrada a tentativa de mediação ou conciliação, a ação será julgada por quem já conhece do conflito, teve contato com as partes, e acesso a informações que, fora da audiência, muito provavelmente jamais teria tomado ciência. Ou então as partes podem se sentir intimidadas, desconfiadas (com toda razão) de que aquilo que falarem poderá ser usado contra elas, preferindo atuar de forma tímida, o que tende a prejudicar a busca pela solução consensual.

Por fim, a primeira grande reforma a ser feita é a do artigo 334 do CPC/2015, pois ainda que se entenda que o legislador quis estimular a autocomposição, tal estímulo não pode se dar ao arrepio dos princípios norteadores da mediação e da conciliação, como a autonomia da vontade.

Não é possível uma solução consensual imposta, trata-se de um antagonismo incurável.

A autocomposição, diferente do que está previsto, só deve ser iniciada quando todos os envolvidos concordam em participar do procedimento, pois distante da voluntariedade, não há terreno para o consensualismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação e autocomposição de conflitos**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 junho. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Ed. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais: sistemas alternativos de solução e administração de conflito**. 2015
BOULDING, Kenneth. **Conflict and Defense: A general theory**. Nova York: Harper and Row, 1962.

CAGNA, Marilis Tereza. **Mediação de Conflito: Uma abordagem transformativa**. Disponível em: <<https://mediandofbmg.wordpress.com/2013/03/18/mediacao-de-conflito-uma-abordagem-transformativa-2/>> Acessado em 11 jun. 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, ano 19, n. 74, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 18 jun. 2017.

COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. **Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi**. Milano: Giuffrè, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A outra justiça**: ensaio de direito comparado sobre os meios alternativos de resolução de conflitos. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 36, n. 115.

FALCÃO, Joaquim. **Acesso à justiça**: diagnóstico e tratamento. In: Associação Dos Magistrados Brasileiros, AMB (Org.). *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FISHER, Roger, URY, Willian e PATTON Bruce. **Como chegar a um sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário**: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: um estudo sobre a morosidade da justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

HAYNES, John M. **Fundamentos de la fundamentación familiar**: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida. Madrid: Gaia, 1993.

INSTITUTO DIÁLOGO. **Mediação de conflitos: 5 técnicas que você precisa conhecer**. Disponível em <<http://institudialogo.com.br/mediacao-de-conflitos-5-tecnicas-que-voce-precisa-conhecer/>> Acesso em 11 de jun. 2017

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MIGALHAS. **As soberbas lições de Sobral Pinto**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI2113,31047-As+soberbas+lico+es+de+Sobral+Pinto>> Acesso em: 11 de jun. 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Privatização do Processo?** in *Temas de Direito Processual*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. **Sistematic analysis in dispute resolution**. New York: Quorum Book, 1991

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OTERO, Paulo. **Lições de introdução do estudo do direito**. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998. v. 1, tomo 1.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A Garantia de Acesso à Justiça e o uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoesanteriores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/173-a-garantia-de-acesso-a-justica-e-o-uso-damediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

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

SALES, Lilia Maria de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, 2009.

SALES, Lilia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional**. Revista de Processo: RePro, v. 32, n. 146, abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Trad. Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento do conflito**. Ijuí: Ed. Ijuí, 2010.

SPENGLER; Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei – 1ª.ed.** - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I - 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016

URY, William. **Chegando à paz – resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**, São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Gen, 2011.