

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão da PUC-SP (COGEAE)

Vitor Stevam Seriacopi Otoni

Mediação obrigatória: impactos na Justiça Brasileira
e o conflito entre o Código de Processo Civil de
2015 e a Lei de Mediação

São Paulo

2016

Vitor Stevam Seriacopi Otoni

**Mediação obrigatória: impactos na Justiça Brasileira
e o conflito entre o Código de Processo Civil de
2015 e a Lei de Mediação**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE),
como parte dos requisitos para obtenção do título de
especialista em Direito, na área de Direito Processual
Civil, sob orientação da Professora-Orientadora
Doutora Kátia Aparecida Mangone.

São Paulo

2016

RESUMO

O presente estudo busca analisar questões relacionadas à mediação, levando que, em 2015, este instituto passou a ser expressamente reconhecido no ordenamento jurídico, através do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Ocorre que, embora as legislações tenham o mesmo propósito, qual seja, o estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos, em alguns momentos os dispositivos se mostram conflitantes, como é o caso da audiência de mediação. Isso porque, o CPC/2015 possibilita que a audiência não seja realizada caso as partes assim se manifestem. Já a Lei de Mediação não autoriza esta dispensa, tornando-a obrigatória. E é exatamente neste ponto que este estudo pretende se debruçar. Para tanto, será analisado o conflito entre as leis, tentando extrair reflexões sobre a obrigatoriedade da mediação e a forma como foi introduzida em nosso sistema. Como foco, será feita uma análise geral dos métodos consensuais de resolução de conflitos, tratando, também, de uma breve análise conceitual de mediação, os princípios aplicáveis, e o estímulo trazido pelas atuais legislações. Aliado a isso, este estudo analisará se a regulamentação expressa da mediação fará com que se efetive uma mudança de mentalidade por parte da sociedade na forma de resolver os conflitos, e a necessidade de articulações com outras providências. Por fim, pretende-se fornecer uma perspectiva prática das alterações, analisando as medidas que os profissionais do direito criaram como alternativa à obrigatoriedade da mediação.

Palavras-chave: Conflito de normas – Código de Processo Civil de 2015 - Lei de Mediação – Audiência de mediação – Mediação obrigatória – Mudança de mentalidade – Negócios jurídicos processuais.

ABSTRACT

This study search to analyze issues related to mediation, whereas that in 2015, this institute became expressly recognized in the legal system, through the Civil Procedure Code and the Mediation Law. Occurs that, thought the laws have the same purpose, that is, the stimulus to consensual methods of conflict resolution, at some moments the devices are shown conflicting, such as the case of mediation hearing. This because the CPC/2015 allows that the hearing not to be accomplished if the parties have expressed this. Already the Mediation Law does not authorize this dispense, making it mandatory. And it is exactly at this point that this study aims to address. For this, the conflict between the laws will be analyzed, trying to extract reflections on the mandatory mediation and how it was introduced into our system. In focus, it will be realized an overview of the consensual methods of conflict resolution will be, showing a brief conceptual analysis of mediation, the applicable principles, and the stimulus brought by current legislations. Allied to this, this study will analyze if the express regulation of the mediation will be made effective change of mind on the part of society in the form of resolving conflicts, and the need for joints with other measure. Finally, we intend to provide a practical perspective of the changes, analyzing the measures that legal professionals created as an alternative to mandatory mediation.

Keywords: Conflict rules – Code of Civil Procedure 2015 – Mediation Law – Mediation Hearing – Mandatory Mediation – Mentality change – Procedure legal business.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à minha família, que soube entender os momentos de ausência e dedicação a este estudo, em especial à minha mãe, minha maior fonte de inspiração, pelo amor, carinho e incentivo que sempre me deu para que eu pudesse ir atrás dos meus sonhos.

À minha avó, exemplo de retidão, pela fé, confiança e por todo apoio que sempre me deu.

À minha namorada Caroline, grande companheira e amiga, quem sempre me apoiou e compreendeu os momentos de dedicação, e por sempre ajudar a equilibrar esta etapa com os outros bons momentos da vida.

À memória de meu avô, pelo tanto que me ensinou. Posso imaginar o orgulho que sentiria neste momento. Sempre o terei em meu coração.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Kátia Aparecida Mangone, pela compreensão, estímulo, paciência e pelo apoio fundamental nesta pesquisa.

Às minhas tias Cida e Simone, a quem sou grato pelo carinho e apoio ao longo de toda a minha vida.

À minha prima (irmã de coração) Ludmila, que ansiosamente aguardou a minha ausência e que, certamente, comemorará comigo mais esta etapa.

Aos meus amigos, Caio Debiazzi, Nikolay Henrique Bispo, André Lucas Delgado Souza e Sarah Bria de Camargo, que, por conta das conversas e momentos sociais, também foram responsáveis pelo desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Doutor João Eberhardt Francisco, que, com generosidade, compartilhou seu conhecimento, instigando-me à discussão sobre processo civil.

SUMÁRIO

1	Introdução	8
2	História da Mediação e sua importância para o Estado e para a sociedade	10
2.1	A visão que se espera na resolução de conflitos.....	10
2.2	Noções gerais sobre o conceito de mediação	17
2.3	Introdução legislativa no Brasil	20
2.4	A definição legal de mediação e suas finalidades	25
2.5	Princípios aplicáveis à mediação.....	28
2.5.1	Princípios da autonomia da vontade e decisão informada	29
2.5.2	Princípios da informalidade e da independência	31
2.5.3	Princípio da oralidade.....	32
2.5.4	Princípio da imparcialidade	34
2.5.5	Princípio da busca do consenso	35
2.5.6	Princípios da boa-fé e confidencialidade.....	37
2.5.7	Princípio da Isonomia.....	39
3	A mediação no processo civil moderno	40
3.1	O estímulo à mediação.....	40
3.2	A “conciliação” entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação	44
3.3	Impactos decorrentes da mediação obrigatória	53
3.4	Mudança de mentalidade: o maior desafio a ser enfrentado pela mediação	63
4	Flexibilização da obrigatoriedade da mediação	73
4.1	O modo brasileiro para mitigação da mediação obrigatória através do negócio processual.....	73
4.2	Riscos de um negócio processual contrário à mediação.....	79
5	Considerações finais.....	83
	Referências	87

1 Introdução

Vivencia-se, no Brasil, um momento de mudança na forma de tratamento dos conflitos. Os métodos consensuais, que antes eram considerados como “alternativos”, passam a ser identificados como meios adequados e efetivos.

O método consensual que será analisado neste estudo será a mediação, a qual tem por objetivo fazer com que o conflito se transforme em oportunidade de diálogo entre as partes. Apesar de sua aceitação não ser unânime, este instituto evoluiu muito nos últimos anos. O Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/2015”) e a Lei de Mediação confirmam essa tendência, na medida em que incentivam a sua utilização, tendo como consequência, um impacto direto nas práticas judiciais.

Uma das soluções encontradas por ambas as legislações para fomentar o uso deste método consensual é a audiência de mediação, a qual será feita logo no início do processo: após a propositura da petição inicial e anterior ao oferecimento da resposta do réu. Ou seja, busca-se que o conflito se resolva no limiar do processo.

Todavia, apesar de a maioria dos dispositivos das legislações serem semelhantes, ou, ao menos, com o mesmo propósito, alguns deles se mostram contrários, como é o caso da audiência. A esse respeito, o CPC/2015 possibilita que a audiência seja evitada caso as partes assim se manifestem. Ao contrário, a Lei de Mediação não possibilita esta dispensa. Surge, então, a necessidade de “conciliar” o CPC/2015 e a Lei de Mediação, avaliando qual delas deve prevalecer e suas consequências para o “mundo jurídico” e para a sociedade.

É nesse sentido que este estudo pretende contribuir: tentar extrair os aspectos relevantes para adoção da mediação como forma de se resolver o conflito, construindo reflexões sobre a sua obrigatoriedade e a forma como este instituto foi introduzido em nosso sistema.

Em um primeiro momento, serão delineados os aspectos relevantes da visão que se espera dos métodos consensuais em geral, merecendo atenção a análise do acesso à justiça (o qual não necessariamente é o acesso ao Poder Judiciário) e a crise do sistema judicial (diante da quantidade de processos existentes, oportunidade

em que será analisado, também, o descrédito da sociedade no Poder Judiciário). Como consequência, serão analisados os conceitos de mediação, suas características e a sua introdução legislativa no Brasil, expondo que a verdadeira função deste método é a pacificação social, na medida em que soluciona o conflito existente, preservando o relacionamento entre as partes e evitando potenciais impasses que poderiam surgir no futuro, gerando, com isso, a diminuição de processos.

Além do mais, será exposta a dificuldade em se conceituar a mediação, uma vez que nenhuma das legislações definiu o seu conceito. Por conta disso, serão apresentados os conceitos propostos pela doutrina, apontando qual deles será levado em consideração para esse trabalho. Após, serão analisados os princípios aplicáveis à mediação, o que será fundamental para o desenvolvimento do tema exposto.

Passada essa fase inicial, será feita uma análise da mudança de paradigma pretendida com o processo cooperativo, demonstrando o que as exigências atuais esperam para tornar o ambiente mais dialógico. Como consequência da solução encontrada para estimular o uso da mediação – a audiência –, será estudado se há ou não um conflito entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação, no que tange à sua obrigatoriedade. Concluindo esta análise, serão ponderados os questionamentos que podem surgir decorrentes da obrigatoriedade da mediação, avaliando, por exemplo, se fere o princípio da autonomia da vontade e se a sua finalidade tem cunho estatístico ou pacificador.

Dado esse contexto, será analisado se a previsão expressa da mediação no ordenamento jurídico fará com que haja uma efetiva mudança de paradigma, ou se, além disso, é necessário que haja uma modificação na visão da sociedade e do profissional do direito na solução dos conflitos.

Por derradeiro, como a mediação é um instituto que ainda sofre muita resistência, será estudado se, na prática, a saída da “zona de conforto” por parte dos profissionais do direito e da própria sociedade fará com que sejam criadas alternativas para evitar a audiência de mediação, analisando os questionamentos e dificuldades que poderão advir desta escolha.

É por este motivo, destarte, que se inicia o presente estudo.

2 História da Mediação e sua importância para o Estado e para a sociedade

2.1 A visão que se espera na resolução de conflitos

Há muito tempo observa-se que o Brasil enfrenta uma grande crise no Poder Judiciário, gerando, com isso, uma limitação em se prestar à sociedade uma justa e adequada prestação jurisdicional.

Essa limitação do Judiciário decorre da própria Constituição Federal de 1988, que trouxe diversas garantias aos cidadãos, assegurando, por exemplo, o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV); o devido processo legal (inciso LV) e a razoável duração do processo (inciso LXXVIII).

Especialmente por conta da garantia do acesso à justiça, a ideia de se procurar o Judiciário foi cada vez mais ganhando força, fazendo com que as pessoas levassem todos os seus conflitos ao sistema judicial, desde os mais simples até os mais complexos, acreditando que lá seja o único meio para que o conflito se resolva de forma eficaz.

Há diversos outros incentivos que foram criados ao longo dos anos, principalmente nos anos 90, que impulsionaram a grande litigiosidade no país. Como exemplo, podemos citar a criação do Código de Defesa do Consumidor e a criação dos Juizados Especiais.

O Código de Defesa do Consumidor foi criado em uma época da sociedade de consumo, em que a oferta excede a procura, fazendo com que os produtos sejam cada vez mais massificados. Esse excesso de oferta faz com que aumentem as reclamações dos consumidores, e, por consequência, os estimulem a “procurar seus direitos”.

Contudo, numa sociedade tão informada e consciente de seus direitos como a de hoje em dia, a ameaça “vá procurar seus direitos”, faz com que as pessoas se sintam instigadas a procurar o Judiciário para resolver seus (pequenos) conflitos, em

razão da expectativa de que o Judiciário cumpra seu papel, atribuindo a cada um o que lhe é devido¹.

Sobre este assunto, Cândido Rangel Dinamarco lembra que: “Numa sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico ‘vá buscar seus direitos’ que entre nós o devedor inadimplente e mal intencionado lança sobre seu credor, corresponde o ameaçador ‘I sue you’, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas”².

Ademais, embora todos saibam que a justiça é morosa, o ingresso no Judiciário para demandas consumeristas tem uma enorme possibilidade de sucesso, em razão do caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor, o que faz com que o acúmulo de ações desse tipo seja cada vez maior.

Outro ponto acima referido e que contribui para o aumento da litigiosidade no país, diz respeito aos Juizados Especiais, em razão do baixo custo que há para o ingresso no Judiciário; a possibilidade de que, nas causas até vinte salários mínimos, as partes não precisem, obrigatoriamente, de advogados etc..

Aliado a estes dois estímulos de aumento de ações, está a denominada “indústria do dano moral”. Isso porque o conceito de dano moral é algo muito subjetivo, o que enseja a propositura de diversas ações sem propósito, sendo que um mero aborrecimento acaba ensejando uma ação de reparação por dano moral, na qual as pessoas se valem do Judiciário com o objetivo de ter ganhos fáceis.

Como exemplo do caótico quadro do Poder Judiciário, faz-se necessário analisar a última pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominada “Justiça em números”.

Essa pesquisa é realizada anualmente, desde 2004, e tem como objetivo detalhar a realidade dos tribunais brasileiros, além de trazer diversos indicadores da litigiosidade³.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias*. Revista de Processo, Brasília, ano 2014, n. 56, p. 91-99, out.-dez. 1989.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, Ed. RT, 1987, p. 225.

³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acessado em

Os dados estatísticos da última pesquisa (do ano de 2016 – com dados do ano-base 2015), apresentam que o Poder Judiciário finalizou 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação⁴. A pesquisa aponta, também, que mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior⁵.

O total de “processos que tramitaram”⁶ no Judiciário em 2015 passou a ser de 102 milhões (aumentou 2 milhões em relação ao ano anterior)⁷. Em uma conta rápida, estima-se que há um processo para cada dois brasileiros. Contudo, se for levado em conta que em cada um deles há, no mínimo, um autor e um réu, pode-se chegar à conclusão que toda a população brasileira está em litígio⁸.

Outro importante apontamento da pesquisa, chama a atenção de que “mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque”⁹.

Em decorrência desse acúmulo de ações, é natural que o Judiciário se afaste

03/08/2016, às 13:01.

⁴ *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.* pg. 42. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf> acessado em 18/10/2016, às 13:01.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁶ A pesquisa faz uma observação a respeito do termo “processos que tramitaram”: “O termo “processos que tramitaram”, que antigamente se referia à soma dos casos novos e pendentes, passou a ser computado pela soma dos casos baixados e pendentes. Este universo de processos, que em 2014 era de 100 milhões e em 2015 passou a ser de 102 milhões, representa o montante de casos que o judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos. Não é, de forma alguma, o número de processos em tramitação, pois por este conceito compreende-se o que de fato está pendente no judiciário aguardando solução definitiva”. *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016*, p. 42. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acessado em 18/10/2016, às 13:01.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁸ É evidente que existem os chamados maiores litigantes (setor público federal, estadual e municipal; telefonia e bancos), todavia, esta conta serve apenas para demonstrar a quantidade de processos existentes no país.

⁹ *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.* p. 42. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acessado em 03/08/2016, às 14:58.

cada vez mais da sociedade, pois não tem condições de oferecer uma prestação jurisdicional adequada, sendo incapaz de responder aos jurisdicionados, em tempo razoável, todos os conflitos que são submetidos à sua apreciação.

Por conta do claro afastamento que há entre o Judiciário e a sociedade, fica nítido que o Estado, como ensina J. E. Carreira Alvim, “entende cumprir o seu dever jurisdicional ao ditar a sentença e fazer executá-la, pouco preocupado com o estado de ânimo dos litigantes, antes e depois do litígio (..), porquanto a justiça que o Estado persegue é a justiça legal, esgotando-se nela a realização de sua finalidade”¹⁰.

Tanto é assim, que o próprio Conselho Nacional de Justiça estabelece, anualmente, metas para o Poder Judiciário. Dentre as metas estabelecidas para o ano de 2016 está a de “julgar mais processos que os distribuídos”¹¹.

Percebe-se, com isso, que a justiça tem sido baseada em critérios de probabilidade, e não de cognição plena, a fim de que haja o atingimento das metas, gerando uma insegurança jurídica em sua aplicação, pois a segurança dá lugar à rapidez.

No entanto, como bem observa J. E. Carreira Alvim, “a paz não se consegue com a simples prolação de uma sentença, mas com a pacificação dos espíritos contraditórios”¹².

Ou seja, o acesso à justiça não pode ser interpretado, pura e simplesmente, como a possibilidade de ingresso no judiciário e a prolação de uma sentença. Mais que isso, o Judiciário deve garantir que as partes sejam inseridas num contexto em que haja imparcialidade e igualdade efetiva, assegurando, assim, que o acesso à justiça seja justo e eficaz.

Como bem pondera Cappelletti e Garth,

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil

¹⁰ ALVIM, J. E. CARREIRA. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Revista de Processo. São Paulo, ano 21, n. 84, p. 175-199, out./dez., 1996, p. 177.

¹¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metad/metad-2016>>. Acessado em 03/08/2016.

¹² ALVIM, J. E. CARREIRA. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Revista de Processo. São Paulo, ano 21, n. 84, p. 175-199, out./dez., 1996, p. 177.

definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”¹³.

Explicam ainda os autores que os processualistas modernos precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, e que o conflito não precisa, necessariamente, ser resolvido através dos tribunais: “qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva”¹⁴.

A consequência para este acúmulo de processos e, naturalmente, pela demora na prestação jurisdicional, é o descrédito que a sociedade tem no sistema judicial, colocando em xeque as garantias instituídas na Constituição Federal.

Em relação ao descrédito, José Renato Nalini assevera que

“O povo enxerga a Justiça com uma percepção de que ela é parcial, imprevisível, lenta e excludente dos desvalidos. Reconhece faltar-lhe gestão administrativa, pois nunca se preocupou com governança e qualificação. Falta-lhe ainda gestão documental, carente de práticas modernas de organização e método”¹⁵.

Isso fica evidente quando se olha para o Índice de Confiança na Justiça. Esta pesquisa é feita pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, e tem por objetivo analisar o Judiciário como uma instância legítima na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico¹⁶.

Os resultados desta pesquisa demonstram a má avaliação do Judiciário como prestador de serviço público. De maneira geral, os entrevistados enxergam que o

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 12.

¹⁵ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 50-51.

¹⁶ Relatório ICJ Brasil. 1º trimestre/2014 – 4º trimestre/2014: Ano 06, p. 3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em 03/08/2016, às 16:07.

Judiciário presta um serviço público lento, caro e difícil de utilização¹⁷.

Além disso, esta pesquisa demonstra que “para 88% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 77% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 67% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar”¹⁸.

Isso, por óbvio, é consequência da falta de tratamento adequado aos conflitos que são confiados ao Judiciário.

Sobre a consequência desta falta de credibilidade no sistema judicial, Fabiana Marion Spengler, nos ensina que:

“As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizativa(s) sob o modelo da especialização de funções. (...)”

Nesse contexto, evidencia-se a preocupação com a efetividade/qualidade da prestação jurisdicional cujo modelo conflitual se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, que esperam pelo Estado (terceiro autônomo, neutro e imparcial), o qual deve dizer a quem pertence o Direito. Para o tratamento de conflitos, o Estado propõe tradicionalmente o Judiciário que, em caso de não cumprimento espontâneo das prescrições normativas por parte dos indivíduos, é chamado a “dizer o Direito”. Atualmente, a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.¹⁹”

Ao tratar da crise no Poder Judiciário, Mariana Freitas de Souza e Wilson Pimentel constatarem que se criou um ciclo vicioso:

“o magistrado, extremamente assoberbado, tem dificuldades em dedicar-se, com a atenção merecida, a casos de maior complexidade; o jurisdicionado não consegue a prestação jurisdicional no tempo e com a qualidade esperada; e a sociedade vive um profundo

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 13.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 13.

¹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 476 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 20.

sentimento de impunidade, comprovando a máxima de que “a justiça que tarda já falhou”²⁰.

Em decorrência da falta de eficiência do Poder Judiciário, ganhou força a evolução de outros métodos para resolução de conflitos, dos quais podemos destacar a mediação, a conciliação e a arbitragem.

É claro que tais métodos não têm a função principal de desafogar o Judiciário. A principal função destes métodos é conscientizar a sociedade de que o ambiente conflituoso atualmente existente põe um fim “ilusório” ao confronto, na medida em que as partes (reais interessados na solução da controvérsia), no processo, não falam entre si, mas sempre pelos advogados, podendo gerar insatisfações que ocasionarão novos confrontos, pois ao propor uma ação, o autor, normalmente, se limita a contar parte da realidade, e o réu, apresenta defesa apenas dos fatos que são favoráveis à sua vontade. Assim, o processo acaba sendo discutido apenas em parte, dificultando uma decisão justa, o que pode ocasionar a propositura de outro processo, diante dos impasses “não resolvidos”²¹.

Ou seja, a busca por esses sistemas consensuais é essencial para que o ganho social seja mais expressivo, na medida em que ambas as partes farão concessões recíprocas e, naturalmente, o problema será analisado em toda sua profundidade, evitando, assim, que o conflito retorne futuramente.

Evidencia-se, com isso, que a consequência é a diminuição de processos, contudo, essa não pode ser a causa principal quando da escolha pela resolução dos conflitos pelos meios consensuais; desafogar o Judiciário deve ser visto como consequência.

²⁰ SOUZA, Mariana Freitas de; PIMENTEL, Wilson. *O novo CPC e sua dose de regulamentação dos mecanismos alternativos de solução de disputas*. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 286-287.

²¹ Fernanda Tartuce dá um bom exemplo sobre o assunto: “se há problema na definição do direito de convivência entre pai e filho ante a quebra de confiança em anterior circunstância (relativa à separação do casal, por exemplo), o mediador pode auxiliar as partes a esclarecer a situação passada para poderem focar a conjuntura futura. No caso do magistrado, tal não seria, rigorosamente, possível, visto que a separação constituiria objeto de outra demanda, já imunizada, possivelmente, pela coisa julgada”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. -2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 88.

Ressalte-se, entretanto, que o objetivo dos novos métodos de se tratar o conflito não é dizer que, de agora em diante, todas as relações serão consensuais e que o conflito não irá mais existir, até porque isso é inerente às próprias relações humanas.

Outro ponto importante a ser considerado, e bem observado pela Fabiana Marion Spengler e pela Caroline Wüst, é que tais métodos “não visam se opor ao Poder Judiciário, o que se vislumbra é discutir uma outra maneira de tratar as controvérsias através de uma nova racionalidade de composição das mesmas, convencionada entre os litigantes”²².

As autoras observam, também, que não se deve levar em conta os números de acordos que foram realizados, mas a qualidade pelo qual eles foram feitos, “na medida em que o objetivo final não é concretizar um acordo entre as partes, mas tratar eficazmente o conflito”²³.

Fixadas tais premissas, bem como demonstrada a necessidade e a importância do estudo de outros métodos para a solução de conflitos, cabe, agora, ingressar propriamente no estudo da mediação.

2.2 Noções gerais sobre o conceito de mediação

Antes da existência do marco regulatório no Brasil, conceituar mediação era uma tarefa árdua, uma vez que não havia um consenso sobre o que era exatamente esse instituto, o que gerava confusões, inclusive, com outros institutos, como é o caso da conciliação.

Fernanda Tartuce descreve que a mediação

“consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, a partir da percepção

²² SPENGLER, Fabiana Moron; WÜST, Caroline. *Mediação comunitária como política pública eficaz e pacífica de tratamento de conflitos*, p. 6. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10869/1401>. Acessado em 19/08/2016.

²³ *Idem, ibidem*, p. 6.

ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem”²⁴.

O meio consensual dito na referida definição, se deve ao fato de que o terceiro, chamado para contribuir na busca pela solução do conflito, não tem a missão de decidir. É por essa razão que a Águida Arruda Barbosa conceitua mediação como

“um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos”²⁵.

Este tipo de definição nos traz a ideia de que a mediação é um método autocompositivo, na medida em que a solução decorre da manifestação de vontade das partes.

Por essa razão, fala-se que a mediação evita a lógica de vitória ou derrota, uma vez que a abordagem autocompositiva faz com que o ambiente seja favorável para a construção de soluções satisfatórias e criativas²⁶.

Essa construção de soluções se deve, também, à figura do mediador, na medida em que é ele quem tem a tarefa de fazer com que as partes enxerguem os obstáculos que geraram a controvérsia, fazendo com que elas consigam removê-los, compreendendo que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que o problema gerado²⁷. Por isso, fala-se que este método de solução de controvérsias é ideal para relações duradouras, como é o caso de familiares, vizinhos etc.²⁸.

²⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 173-174.

²⁵ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 54.

²⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 767.

²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016.

²⁸ Nesse sentido, expõe Humberto Dalla e Karol Durço: “a mediação é o método de solução de

Ou seja, o papel do mediador, como bem observado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Karol Araújo Durço, é “ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos”²⁹.

Ainda há muita dificuldade das pessoas em aceitar que um terceiro as auxilie na busca pelo consenso. Todavia, em razão do envolvimento emocional das pessoas, este tipo de dificuldade faz com que o conflito se torne ainda mais intenso. É exatamente aqui que a mediação se torna útil e efetiva para a solução dos conflitos. É por essa razão que Roberto Portugal Bacellar, quando conceitua a mediação, a define como “uma técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”³⁰.

Vale lembrar, também, que embora existam definições, como as vistas acima, no sentido de que o terceiro não deve propor soluções ao conflito, existem várias percepções, sobretudo nas escolas americanas, que nos fazem abordar a mediação sobre outro aspecto. Para explicar essa diferenciação, dividiremos a mediação em duas modalidades: facilitativa e avaliativa.

Na mediação avaliativa, o terceiro imparcial pode ser chamado a dar sugestões. Nessa modalidade, “o mediador usa estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso”³¹, se aproximando da conciliação feita no Brasil³².

controvérsia ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016, p. 15.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 15.

³⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

³¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis – 2. ed., rev., atual e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 178.

³² Observação: adotando-se este tipo de modalidade de mediação, ela deixa de ser autocompositiva para ser heterocompositiva, na medida em que a solução pode ser apresentada diretamente pelo terceiro.

Já na modalidade avaliativa, o terceiro tem que usar estratégias para favorecer o diálogo entre as partes, não podendo, portanto, opinar sobre o caso.

Independentemente da modalidade, são três os elementos básicos para a existência da mediação: (i) existência de partes em conflito: podem ser pessoas físicas ou jurídicas; (ii) contraposição de interesses; (iii) terceiro neutro e capacitado a facilitar a busca pelo acordo: o mediador deve ser equidistante das pessoas em conflito³³.

Existem outros critérios que poderiam ser abordados para definir a mediação, no entanto, isso faz parte de um outro tipo de estudo, o qual, por ora, não nos propomos delinear. O que se visa, nesse trabalho, é estudar a mediação em sua perspectiva ampla, a fim de se ter uma definição bem abrangente de mediação, para que todos os pontos de vista sejam abarcados.

Assim, será adotado o posicionamento de Lília Maia de Moraes Sales, que define a mediação como “um meio consensual de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial e de confiança das partes – mediador – facilita o diálogo entre estas possibilitando uma solução pacífica para a controvérsia”³⁴.

2.3 Introdução legislativa no Brasil

Apesar de ser um importante método para resolução do conflito, até o ano de 2015 não havia nenhum regramento específico sobre o tema. Sendo assim, a partir de agora, será feita uma breve abordagem da instituição da mediação no Brasil sobre o aspecto cronológico.

Nas lições de Fernanda Tartuce,

“Até tal ano [2015], a mediação vinha sendo realizada: a) por programas de acesso à justiça desenvolvidos por tribunais

³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016.

³⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 131.

(promoviam a mediação judicial); b) por entidades não governamentais (realizadoras de mediação comunitária); c) por câmaras de mediação e arbitragem (prestadoras de serviços privados de mediação); e d) por mediadores privados independentes (profissionais prestadores de serviços atuantes em áreas diversas como familiar, cível e empresarial) ”³⁵.

Mesmo não havendo nenhuma lei específica para tratar sobre o tema, existiam diversas normas esparsas que mencionavam a palavra mediação, tais como:

a) Decreto nº 1.572/1995, que trata da negociação coletiva de natureza trabalhista e dispõe, em seu art. 2º, que frustrada a negociação direta entre as partes na data-base, estas poderão escolher um mediador de comum acordo para a solução de conflitos;

b) A Lei nº 10.192/2011, que dispõe, em seu art. 11, que “frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo”;

c) A Lei nº 10.101/2000, que dispõe, em seu art. 4º, que “caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução de litígio: I – mediação”;

d) A Lei nº 9.870/1999, que, no art. 4º, prevê a possibilidade de adoção da mediação em conflitos entre pais, associação de pais e alunos e escolas no que tange ao reajuste de mensalidades escolares.

No mesmo sentido, em razão da ausência normativa sobre o tema, diversos Tribunais começaram a criar programas de mediação. Como exemplo, menciona-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, por meio da Resolução nº 02/2002, institucionalizou a atividade de mediação aos processos de primeira instância, quando o magistrado entendesse pela pertinência do encaminhamento das partes a essa via³⁶. E o resultado foi surpreendente:

³⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 251.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 256.

“Por meio de pesquisa de opinião com partes e advogados que participaram das mediações, em 2006, 77% dos entrevistados avaliaram o serviço como excelente e, entre os advogados questionados, 96% consideraram válida a tentativa de mediação mesmo sem ter chegado ao acordo; 94% afirmaram que aconselhariam seus clientes a participarem de uma sessão de mediação para resolverem seus litígios; e 86% consideraram excelente a iniciativa do TJDFT em implantar o Programa de Estímulo à Mediação”³⁷.

Como, embora não houvesse lei expressa sobre mediação, a dinâmica para sua aplicação vinha sendo traduzida por essas leis esparsas e pelos programas dos Tribunais, algumas pessoas questionavam a necessidade da sua regulamentação, como é o caso da Aguida Arruda Barbosa que afirmou:

“a análise da evolução do instituto da mediação revela que seu conceito já está amadurecido, com a ampla colaboração de estudiosos que se debruçam sobre a composição teórica deste conhecimento. Não há mais necessidade de regulação legal do instituto, pois se trata de um princípio a ditar um comportamento humanizado de todos os envolvidos nos conflitos familiares, sejam os protagonistas da relação jurídica, sejam os profissionais responsáveis, tais como advogados, magistrados e membros do Ministério Público”³⁸.

É evidente, contudo, que esta lacuna legislativa pode engendrar uma série de dificuldades no âmbito de aplicação da mediação, por exemplo, a falta de fomento dos órgãos do Estado para disponibilizar a mediação à população³⁹.

Com o tempo, foi-se percebendo a necessidade da institucionalização da mediação. Sem ingressar em questões específicas da introdução legislativa da mediação no Brasil, apenas para traçar uma visão “macro” do assunto, ressalte-se que a primeira iniciativa legislativa se deu com o Projeto de Lei nº 4.827/1998⁴⁰, de autoria

³⁷ Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/Relatorio%20anual%20de%20Atividades%202012.pdf>>. Acessado em 17/09/2016.

³⁸ BARBOSA, Aguida Arruda. *A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil*. In: DIAS, Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito de Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 377-394.

³⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 252.

⁴⁰ Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.827/1998*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acessado

da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação bem simples, descrita em apenas 7 artigos, que dispunham, basicamente, sobre o seu conceito, quem poderia ser mediador e o que poderia ser tratado na mediação⁴¹.

Posteriormente, surgiu um segundo Projeto de Lei, dessa vez idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IDBP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros⁴².

Como já existia o Projeto de Lei que tratava sobre mediação, o Ministério da Justiça realizou audiência pública e convidou a Deputada Zulaiê Cobra, o IDBP e demais organizações envolvidas com mediação para elaborarem um texto que unisse ambos os Projetos, passando a tramitar uma versão consensuada⁴³.

Em 2002, este Projeto de Lei foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94/2002.

Em razão da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foram propostas diversos Projetos de Lei para alterar o Código de Processo Civil, levando a um novo relatório do PLC 94/2002.

Paralelamente a isso, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas para apresentar um novo Código de Processo Civil. Foi apresentado um Anteprojeto, convertido no Projeto de Lei nº 166/2010. No mesmo ano (2010) foi apresentado um Substitutivo, sendo, posteriormente, encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8046/2010.

Nas redações dos Projetos de Lei do novo Código de Processo Civil, já era possível identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação.

Em meio a isso, o Conselho Nacional de Justiça, em 2010, publicou a

em 17/09/2016.

⁴¹ Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.827/1998*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acessado em 17/09/2016.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 219-235, abr./jun. 2011, p. 221.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 221.

Resolução nº 125, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”⁴⁴. A respeito desta Resolução, Cezar Peluso ensina que ela teve dois objetivos:

- “1. Firmar, entre os profissionais do Direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas;
2. Oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.”⁴⁵

A fim de alinhar a mediação do Projeto do novo Código de Processo Civil, e com a publicação da Resolução nº 125 do CNJ, em 2011, foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 517, que instituía e disciplinava o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos⁴⁶. Em 2013 foram apensados outros dois Projetos de Lei (405/2013 e 434/2013) a este. Como haviam essas três proposições, o Relator apresentou um substitutivo ao Projeto de Lei nº 517/2011, objetivando unir o que tinha de melhor nas três iniciativas.

Em seguida, o Projeto foi encaminhado à revisão da Câmara dos Deputados, ganhando o número de Projeto de Lei nº 7169/2014, o qual foi aprovado e, enfim, sancionado na Lei nº 13.140 de 2015, a chamada Lei da Mediação.

Um pouco antes da publicação desta Lei, o novo Código de Processo Civil também havia sido aprovado, fazendo, também, referência à mediação.

Ou seja, o ano de 2015 pode ser considerado como um marco histórico pela busca dos métodos adequados de solução de conflitos, uma vez que a mediação

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 29/10/2016.

⁴⁵ PELUSO, Cezar. *Mediação e conciliação*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p. 16, jul.-set.2011.

⁴⁶ Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 517/2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>>. Acessado em 27/10/2016.

passou a ser reconhecida expressamente no cenário jurídico.

Nesse contexto, convém destacar a observação de Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme:

“Se era verdade que anteriormente ao ano de 2015 o instituto já existia tanto na esfera judicial como na via extrajudicial, colaborando com a sanação de crises de interesses e, em última instância, com a Justiça, com a positivação da prática o que se tem é um instituto com mais arestas aparadas e que efetivamente faz parte da dinâmica de justiça do país”⁴⁷.

2.4 A definição legal de mediação e suas finalidades

Apesar de os dispositivos que tratam da mediação no CPC/2015 serem bem variados, pois encontram-se localizados desde a parte geral até a parte especial, em nenhum momento o Código define, de forma expressa, o seu conceito.

Assim também o é com a Lei de Mediação, que, embora trate sobre vários aspectos da mediação, não define propriamente o seu conceito.

Para diferenciar mediação de outros institutos, a exemplo da conciliação, é necessário olhar para a atuação do terceiro. Nesse sentido, o §3º do art. 165 dispõe que “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”. Ao contrário, o §2º do mesmo diploma legal, estabelece que “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”.

A partir disso, podemos extrair basicamente duas diferenciações entre os institutos da conciliação e da mediação:

⁴⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos* – Barueri, SP: Manole, 2016, p. 22.

(a) a primeira, diz respeito ao vínculo anterior: o conciliador atuará, preferencialmente, quando se tratar de questões episódicas (exemplo: colisão de veículos)⁴⁸; já o mediador atuará, preferencialmente, quando houver conflitos sobre relações continuadas⁴⁹ (exemplo: relações de família; responsabilidade contratual). De todo modo, como bem apontado pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, o emprego do advérbio preferencialmente, faz com que haja uma flexibilização a ser exercida pelos litigantes para que possam optar por uma ou por outra segundo sua livre vontade⁵⁰;

(b) já a segunda distinção se refere a possibilidade ou não de sugerir soluções para o litígio, vez que essa possibilidade é de uso exclusivo da conciliação, sendo a atuação do mediador restrita ao restabelecimento da comunicação entre os envolvidos no conflito.

Embora não haja uma exata definição de mediação no ordenamento jurídico, e fazendo uma ponderação entre os parágrafos do art. 165 do CPC/2015, Fernanda Koeler Galvão e Maurício Vasconcelos Galvão Filho, a conceituam como um

“meio de solução consensual de conflitos, realizado por mediador, nos casos em que existir um vínculo anterior entre as partes, sendo um instrumento destinado a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que as próprias partes possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”⁵¹.

Com isso, pode-se dizer que a mediação no Brasil adotou a modalidade facilitativa. E andou bem por assim fazer, na medida em que a imparcialidade do terceiro será facilmente preservada caso se afaste do mérito da discussão, bem como porque o cumprimento espontâneo, por parte dos envolvidos, será mais provável caso

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art. 165. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, p. 523.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 524.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*: volume I – 8, ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 496.

⁵¹ GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. *Da mediação e da conciliação na definição do novo código de processo civil: artigo 165*. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74-76.

eles mesmos resolvam o conflito⁵².

A partir disso, fica evidente que a finalidade maior da mediação é a retomada da comunicação eficiente entre as pessoas envolvidas no conflito, viabilizando que todas elas possam identificar, através do diálogo, a melhor saída, abordando não só questões passadas, como também o futuro da relação. Assim, por exemplo, pode até existir um debate sobre quem deixou de cumprir determinada obrigação, contudo, o que ganha maior destaque é a busca de uma solução futura⁵³.

Como consequência dessa finalidade, tem-se a preservação do relacionamento entre as partes. Isso decorre do próprio fato de que, a partir do momento em que as partes dão abertura para que um terceiro (mediador) passe a ajuda-las para a solução do caso, as divergências entre elas passam a ser objeto de negociação, conversação e composição, evitando outros potenciais impasses que poderiam surgir caso o problema fosse resolvido por si mesmas, dado o forte envolvimento emocional que há.

Por conta da chance que as partes têm de dar voz às suas percepções e promover a busca de seus interesses de forma clara, em um ambiente favorável à facilitação do diálogo, é que Fernanda Tartuce e Luis Roberto Bortolai apontam como finalidade da mediação a inclusão social no modo de gerir o conflito e também a busca pela pacificação social, marcada pelo aprofundamento das causas da controvérsia⁵⁴.

Por essa razão, Fernanda Tartuce conclui que há cinco grandes finalidades da mediação, a saber: (i) restabelecimento da comunicação; (ii) possível preservação do relacionamento entre as partes; (iii) possível prevenção dos conflitos; (iv) inclusão social; (v) pacificação social⁵⁵.

Outro fator importante a ser analisado é que, quando se analisa apenas o

⁵² TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 760.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 754.

⁵⁴ TARTUCE, Fernanda; BORTOLAI, Luís Henrique. *Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações*. *Civil Procedure Review*, v. 6, 2015, p. 107-129.

⁵⁵ Por todos: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 217-228.

CPC/2015, pode-se chegar à conclusão de que a mediação se preocupa apenas com as questões voltadas à sua prática dentro do Poder Judiciário. Contudo, isso não exclui que ela seja feita de forma prévia, podendo chegar à conclusão que existem dois tipos de mediação: a extrajudicial e a judicial.

A mediação extrajudicial, prevista na Lei de Mediação, é considerada como uma mediação comum, na medida em que pode ser conduzida por qualquer pessoa que seja de confiança dos interessados, sendo considerada, por muitos, como uma ótima maneira de se otimizar o tempo e os custos na solução dos conflitos, pois normalmente é realizada antes da instauração de um processo⁵⁶. Já a mediação judicial, por óbvio, ocorrerá no curso de uma ação judicial.

A breve exposição (geral) dos conceitos aqui demonstrados, longe de pretender esgotar e se aprofundar neste fascinante tema, serve apenas para analisar, com maior profundidade, os próximos capítulos.

2.5 Princípios aplicáveis à mediação

Após estudar, de forma ampla, a introdução histórica, seus conceitos e suas finalidades, faz-se necessário, por agora, traçar os princípios que regem a mediação.

A importância deste estudo, se deve ao fato de que, durante a mediação, é essencial que o mediador se valha desses princípios para que sua prática seja realizada de forma adequada, em benefício das pessoas envolvidas no conflito.

O CPC/2015, no art. 166, elenca 7 princípios a serem observados, a saber: (i) independência; (ii) imparcialidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; (vi) informalidade e; (vii) decisão informada.

Da mesma forma, a Lei de Mediação também elencou alguns princípios a serem observados quando da realização da mediação, repetindo alguns já dispostos no CPC/2015. Assim, o art. 2º, da Lei da Mediação, elenca os seguintes princípios: (i)

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 280.

imparcialidade do mediador; (ii) isonomia entre as partes; (iii) oralidade; (iv) informalidade; (v) autonomia da vontade das partes; (vi) busca do consenso; (vii) confidencialidade; (viii) boa-fé.

Nesse contexto, examinaremos, de forma ampla, as principais características de cada um desses princípios.

2.5.1 Princípios da autonomia da vontade e decisão informada

De maneira geral, o princípio da autonomia da vontade deve ser visto como a possibilidade que as pessoas têm para decidir os rumos do conflito, desde o início até o final, incluindo, portanto, a opção pela adoção deste método consensual de resolução da controvérsia, até a liberdade para tomar as próprias decisões ao longo das sessões de mediação⁵⁷.

No que tange a este princípio, a Resolução nº 125 do CNJ o reconhece como o dever de as partes atuarem com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa⁵⁸, ou seja, é o 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 também de interrompê-lo a qualquer momento.

Para melhor estudar este princípio, é necessário dividir em dois subprincípios: a voluntariedade e a autodeterminação.

O primeiro deles, ou seja, a voluntariedade, é a própria essência da mediação, além de ser implícita à própria autonomia da vontade, na medida em que “a conversação só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes”⁵⁹.

Já a autodeterminação significa a responsabilidade que as partes terão pela

⁵⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 188-189.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 13/09/2016.

⁵⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 188.

gestão do conflito. Ou seja, são elas que devem decidir como será o protagonismo do encaminhamento da controvérsia, levando as partes a desenvolverem competências para a solução dos conflitos ali existentes.

Relacionado a este princípio está o da decisão informada. A interessante metáfora “a mediação de conflito é um processo que pode ser ilustrado como uma caminhada (...). Nessa caminhada, cada decisão representa um passo em direção a essa possível solução, e o mediador-guia não pode se furtar de explicar para as pessoas o caminho para qual ele está conduzindo o procedimento e, conseqüentemente, elas”⁶⁰ resume plenamente o objetivo deste princípio.

Ou seja, este princípio pressupõe que o mediador esclareça aos mediandos a possibilidade de se participar da via consensual⁶¹, sendo proibida qualquer omissão de informações necessárias ao entendimento de todo o procedimento.

Percebe-se, portanto, que ambos os princípios – autonomia da vontade e decisão informada – devem andar juntos, uma vez que a completa informação sobre as conseqüências de um possível acordo, é o que fará com que as pessoas decidam em participar (ou não) da mediação, resvalando, aqui, no princípio da autonomia da vontade.

Aliás, a análise conjunta destes dois princípios é o que trará a segurança aos mediandos, que, em sua máxima liberdade, analisarão os seus direitos e o contexto fático em que estão inseridos, sendo essencial para garantir resultados úteis à mediação.

Vale dizer que o princípio da autonomia da vontade voltará a ser objeto de estudo quando for analisada a mediação obrigatória.

⁶⁰ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil*. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 115.

⁶¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 192.

2.5.2 Princípios da informalidade e da independência

A informalidade, na mediação, significa que não há regras específicas ou um determinado procedimento que deve ser seguido pelo mediador. Um dos traços marcantes desse princípio, portanto, é a própria simplicidade com que o procedimento deve ser conduzido⁶².

Isso se deve ao fato de que a mediação envolve aspectos pessoais dos envolvidos, devendo ser analisado cada caso concreto.

Levando em consideração que a finalidade da mediação é o restabelecimento da comunicação, é importante, também, que a condução dela não seja pautada por uma linguagem técnica de difícil compreensão fora do “mundo jurídico”. Afinal, a impressão que os mediados podem ter, ao se depararem com uma linguagem excessivamente técnica, é a de que estão querendo ocultar a exata compreensão do que ali está acontecendo⁶³.

A informalidade, aliás, facilita a participação dos interessados na mediação, possibilitando uma composição entre as partes, na medida em que colabora “para o desarmamento dos espíritos e otimizam as chances de resultarem soluções consensuais”⁶⁴.

Este princípio está intrinsicamente ligado a outro, denominado princípio da independência. A razão disso é que os mediadores devem ter liberdade para a condução do processo mediacional da forma que entender mais conveniente aos interesses dos envolvidos, sem sofrer qualquer tipo de influência, devendo, no entanto, sempre se pautar em alguns limites, sejam eles legais, morais ou até mesmo os impostos pelas partes⁶⁵.

⁶² MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 114.

⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acessado em: 31/08/2016.

⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 197.

⁶⁵ CAMBI, Eduardo; FARINELLI, Alisson. *Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil*

Nesse sentido, Ana Carolina Santanna, Cristiana Veras e Giselle Marques relatam que

“o mediador precisa agir de forma a realizar as escolhas para a condução da mediação em completa consonância com aquilo que ele entende necessário ao melhor desenrolar daquele caso, observando sempre os interesses e necessidades das partes, mas sem submeter sua atuação a nenhuma delas”⁶⁶.

Tanto é assim, que o próprio Código de Ética de Mediadores e Conciliadores Judiciais, previsto no anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, estabelece, no inciso V, do artigo 1º, que a independência significa “dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento”⁶⁷.

Como se percebe, a razão de os princípios serem interpretados conjuntamente, se deve ao fato de que o excesso de formalismo prejudicaria o mediador na condução do processo, uma vez que ele deve analisar os interesses e as necessidades de cada caso concreto.

2.5.3 Princípio da oralidade

Outro ponto marcante da mediação é a oralidade. Esta característica é a que promove a fala e a escuta recíproca entre os protagonistas do processo, possibilitando-os a reflexão sobre as novas possibilidades para aquele conflito, cabendo ao mediador avaliar as ponderações de cada um deles.

Além do mais, a oralidade estimula com que ambas as partes compreendam novos pontos de vista, facilitando, ainda mais, a composição consensual entre elas,

(PLS 166/2010). Revista de Processo, v. 194, p. 280, abr. 2011.

⁶⁶ SANTANNA, Ana Carolina Squadri; VERAS, Cristiana Vianna; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. *Independência e imparcialidade: princípios fundamentais da mediação*. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 132.

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 31/08/2016.

afinal, como bem aponta Cezar Peluso, “não teria sentido se não lhes fosse dada a oportunidade de engendrar ou conceber sua própria decisão, compondo por si mesmas o litígio”⁶⁸.

Nesse sentido, Fernando Netto e Irineu Soares, ao estudarem o tema, nos ensinam que este princípio tem um tríplice objetivo: “a) conferir celeridade ao processo; b) fortalecer a informalidade dos atos; c) promover a confidencialidade, registrando-se por escrito o mínimo possível”⁶⁹.

A redução da parte escrita ao mínimo possível leva em conta o art. 20 da Lei de Mediação, que determina que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes⁷⁰.

Há quem diga⁷¹ que esta formalização pode ensejar a desconfiança das partes para o cumprimento do que foi consensado, prejudicando uma relação futura. Todavia, a Lei de Mediação, buscando atribuir uma maior efetividade ao resultado e trazendo uma segurança aos envolvidos, positivou, como já analisado, a redução por escrito do encaminhamento final, não cabendo a este estudo analisar a pertinência desta medida.

Em suma, podemos afirmar que a oralidade serve para que as partes sejam ouvidas e relatem o acontecido a partir da sua própria percepção, fazendo com que o mediador pondere o que ali foi falado, a fim de se construir um cenário mais produtivo e colaborativo sobre as possibilidades para o conflito.

Em tempos de “meios digitais”, já cogitam, inclusive, a hipótese de se utilizar

⁶⁸ PELUSO, Cezar. *Mediação e conciliação*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p. 16, jul.-set.2011.

⁶⁹ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil*. A mediação no novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 113.

⁷⁰ Lei nº 13.140 de 2015: art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

⁷¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 201.

dos meios eletrônicos nos processos mediacionais, tais como, e-mail, celular etc., para tornar o processo mais rápido⁷². Todavia, já há críticas nesse sentido, sob o argumento de que a integridade da mediação estará ameaçada, “pois a distância entre as partes pode permitir influências externas prejudiciais, como a interferência de terceiros não interessados no processo”⁷³.

2.5.4 Princípio da imparcialidade

Este princípio é vinculado ao próprio mediador, representado pela postura não tendenciosa e equidistante que deve existir entre ele e os envolvidos no conflito.

Ao definir este princípio, o anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, em seu inciso IV, do art. 1º, estabelece que é dever do mediador agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente⁷⁴.

Como a função do mediador é resgatar o diálogo entre os envolvidos, é de suma importância que o seu comportamento não seja objeto de desconfiança entre as partes, uma vez que se isso acontecer, certamente a mediação estará comprometida.

Ademais, como bem explicado por Lília Maia de Moraes Sales, “é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos”⁷⁵. Ou seja, a conduta do mediador não é obtenção ou induzimento do acordo, mas sim, e aqui se mostra a importância da imparcialidade, garantir o (r)estabelecimento do diálogo entre as partes.

⁷² MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil*. A mediação no novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 114.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 31/08/2016.

⁷⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48.

Por esses motivos, é que a Lei de Mediação, em seu 5⁰⁷⁶, estabelece que as hipóteses legais de impedimento e de suspeição do juiz também são aplicáveis ao mediador. Seguindo esta mesma linha, o §5⁰⁷⁷, do art. 167 do CPC/2015 estabelece restrições à prática do mediador. No mesmo sentido, o próprio art. 173⁷⁸ do CPC/2015 estabelece sanções aos mediadores que praticarem conduta contrária à imparcialidade.

Assim, demonstra-se necessário que o mediador, como bem observado por André Gomma Azevedo, veja o conflito pela perspectiva das partes e avalie a existência de uma delas achar que sua atuação estará (des)favorecendo um dos lados na mediação⁷⁹, declarando-se impedido ou suspeito caso isso aconteça, sob pena de interferir negativamente na mediação.

De todo modo, como visto anteriormente, a mediação no Brasil adotou o prisma facilitativo, não devendo o mediador fazer juízo de valor sobre o que entende razoável ou adequado para aquele conflito.

2.5.5 Princípio da busca do consenso

Este princípio não consta no CPC/2015, apenas na Lei de Mediação e isso tem um motivo.

É evidente que a diretriz da mediação é o resultado “ganha-ganha”, ou seja, que as partes façam concessões recíprocas, de maneira a aumentar as chances de

⁷⁶ Lei da Mediação: Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

⁷⁷ Art. 167, §5º, CPC: § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

⁷⁸ Art. 173, CPC: Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º; II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

⁷⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016, p. 214. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acessado em 29/10/2016.

se alcançar um resultado comum que seja “justo” a todos. Todavia, o consenso é inerente a todos os procedimentos autocompositivos e não apenas à mediação⁸⁰. Esta é a primeira crítica feita a este princípio.

Outro ponto bem questionado para aplicação deste princípio é o fato de que não haver o acordo em uma sessão de mediação não significa que ela foi improdutivo. E faz sentido, na medida em que

“a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidades do usuário. Pode-se, portanto, considerar “bem sucedida” a mediação quando o “sucesso” está diretamente relacionado à satisfação da parte”⁸¹.

Nesse sentido, não pode o mediador fazer com que o “acordo” saia a qualquer custo. Esta, aliás, é a preocupação que se tem da leitura do §3º, do art. 167, do CPC/2015, a qual estabelece que do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou e o sucesso ou insucesso da atividade. Todavia, como já analisado, o acordo não é critério para dizer se a mediação teve ou não sucesso.

Essa perspectiva, no entanto, faz parte de outra discussão, a qual não nos propomos delinear por ora. Destarte, é fundamental esclarecer que este princípio é inerente à própria mediação, tendo em vista que o mediador tem a função de (r)estabelecer a comunicação, fazendo com que os interessados tenham ganhos mútuos.

⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 204.

⁸¹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016, p. 106. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acessado em 29/10/2016.

2.5.6 Princípios da boa-fé e confidencialidade

Como de se esperar em qualquer relação, a mediação também é pautada pelo princípio da boa-fé, sendo essencial que os envolvidos observem este princípio, a fim de se alcançar soluções em conjunto⁸².

Ademais, este princípio tem relevância na mediação se analisado sob o viés da efetividade, na medida em que se as partes, com boa-fé, aceitam participar das sessões de mediação, o mediador terá maiores oportunidades para aplicar as técnicas, na busca de saídas que sejam produtivas para ambas.

Atrelado a isso, podemos dizer que está o princípio da confidencialidade, também protegido pela atual legislação.

A confidencialidade é uma importante característica para que os envolvidos possam se sentir à vontade, expressando todos os seus pontos de vista, já que se sentirão protegidos de que o que ali for falado, não será usado contra eles posteriormente.

Como lembrado por Adolfo Braga Neto,

“qualquer informação trazida à mediação será confidencial em relação a terceiros, vedada a sua utilização em processos de resolução de conflitos posteriores à mediação. Esta regra vale para os participantes da mediação, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do procedimento. E inclui declarações, opiniões, reconhecimento de fatos dos participantes ou eventual manifestação de eventual aceite de propostas e documentos produzidos para o procedimento”⁸³.

Essa é uma das maiores vantagens quando se pensa em mediação ao invés do Judiciário, na medida em que, como bem apontado por Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme,

“na instância judicial ordinária, um dos princípios norteadores do processo é a publicidade dos atos, de modo que aquilo que é discutido

⁸² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 207.

⁸³ BRAGA NETO, Adolfo. Marco legal da mediação: Lei 13.140/2015: Comentários iniciais à luz da prática brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, São Paulo, vol. 12, n. 47, p. 259-275, out./dez. 2015, p. 269.

tem natureza comum e fica ao alcance de qualquer pessoa, bastando apenas o interesse dela para obter informações que poderiam ser de interesse meramente dos envolvidos no conflito”⁸⁴.

O autor ainda dá um importante exemplo para a compreensão deste princípio sob o viés empresarial, pois possibilita que “a imagem dessas empresas não fica desgastada ou arranhada perante a opinião pública em virtude da confidencialidade que alcança o instituto”⁸⁵.

A preservação do sigilo, portanto, é fundamental para que não afete o próprio conflito, pois a exteriorização do que ali for conversado, poderá prejudicar, futuramente, as próprias relações, pois se houver sua publicidade, certamente os envolvidos se omitirão sobre diversos detalhes da relação, impossibilitando-os de obter um melhor aproveitamento da mediação para a solução do conflito na sua integralidade.

Reconhecendo a importância do princípio da confidencialidade, a Resolução nº 125 do CNJ o definiu como o dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o mediador ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese⁸⁶.

Nesse mesmo sentido está o CPC/2015 e a Lei de Mediação, que trazem diversos dispositivos para assegurar a observância deste princípio⁸⁷.

Assim, conclui-se que este princípio tem por objetivo “evitar o comprometimento da confiabilidade da via consensual e do sigilo profissional”⁸⁸.

⁸⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos* – Barueri, SP: Manole, 2016, p. 40.

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 40.

⁸⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 31/08/2016.

⁸⁷ Sobre o tema no novo CPC: Art. 166, §2º. Sobre o tema na Lei de Mediação: art. 30 e 31.

⁸⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 211.

2.5.7 Princípio da Isonomia

Por vezes, pode-se notar uma disparidade entre os envolvidos no processo mediacional, seja ela decorrente do poderio econômico, potencial de influência ou até mesmo a habilidade de usar argumentos para justificar a sua formulação de ideias⁸⁹.

Nestes casos, a tarefa do mediador se torna muito mais difícil, na medida em que terá que estabelecer uma igualdade de condições entre as partes, devendo ele assumir um papel que supere o desequilíbrio, promovendo, por exemplo, a comunicação sobre pontos de comum interesse⁹⁰.

Assim, além de o mediador ter que se pautar pela imparcialidade (não devendo atuar como advogado de uma das partes), deve ele “colaborar para que as partes alcancem um acordo efetivo e durável em bases razoáveis”⁹¹.

Desse modo, é cediço que este princípio, conforme conclui Fernanda Tartuce, visa “proporcionar igualdade de oportunidades ao envolvidos para que eles tenham plenas condições de se manifestar durante todo o procedimento”⁹².

⁸⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 213.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 214.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 216.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 212.

3 A mediação no processo civil moderno

3.1 O estímulo à mediação

Humberto Dalla, levando em conta o estudo feito pelo François Ost, identificou três modelos fictícios de juízes, os quais se coadunam com os modelos de Estado e com sua respectiva evolução, e fez um paralelo com a mediação.

O primeiro juiz identificado por ele é o “juiz Júpiter”, o qual é vinculado ao Estado Liberal. Este modelo de Estado é fruto do pensamento positivista, pois não levava em consideração a condição social dos indivíduos, sendo seu objetivo dar tratamento igual às pessoas no sentido formal, ou seja, sua aplicabilidade era apenas restrita à lei⁹³. Como bem observado por Luiz Guilherme Marinoni, “a segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei”⁹⁴.

Por essas razões, é que o Estado Liberal não dava espaço para a mediação como forma de se resolver o conflito, vez que sua compreensão envolve a cooperação entre as partes.

Outro modelo de juiz identificado pelo autor, diz respeito ao “juiz Hércules”, que, no Estado Social, era considerado como um “engenheiro social”, uma vez que o direito ali construído era em razão das decisões judiciais dos casos, e não a partir de uma norma geral e abstrata, a lei⁹⁵.

A participação do juiz no Estado Social é mais ativa, ou seja, é “ele quem diz o

⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*, p. 3-7. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássica à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*, p. 2. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>>. Acessado em 03.09.2016.

⁹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional, p. 7-9. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016.

direito; é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social”⁹⁶, visando, com isso, uma igualdade substancial, e não formal, tal qual era a ótica do Estado Liberal.

Mesmo com essa participação mais ativa do juiz, a mediação, neste modelo de Estado, também não era bem-vinda, pois o que se pretendia era que o juiz construísse a decisão, cabendo exclusivamente a ele, a entrega do direito e a pacificação dos conflitos.

O terceiro modelo de juiz analisado é o “juiz Hermes”, idealizado pelo Estado Democrático de Direito, em que objetiva fazer com que a reconstrução do conflito seja feita por toda a sociedade, ao contrário do Estado Social, em que a reconstrução é suportada pelo “juiz Hércules”⁹⁷.

É, pois, no Estado Democrático de Direito que se fala no dever de cooperação entre as partes. Tanto é assim que o próprio juiz a ele associado é o Hermes, o “Deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um intérprete, um mediador, um porta-voz”⁹⁸.

Tem-se, assim, que os magistrados devem entender que as exigências atuais demandam uma busca pelo diálogo entre as partes, fazendo com que a discussão entre elas eleve o dissenso para promover o consenso.

Neste modelo, portanto, a mediação é uma excelente forma para a participação dos envolvidos, mudando o foco do juiz para as partes, tornando o ambiente mais dialógico. Nesse sentido, fala-se que a atuação do “juiz Hermes” representa um “meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules”⁹⁹, devendo ele se apresentar como um mediador entre as partes, buscando, sempre, a conciliação.

Este é o momento vivenciado pelo CPC/2015. Aliás, este Código de Processo Civil é o primeiro a ser elaborado num Estado Democrático e, em razão disso, teve

⁹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, p. 8. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>>. Acessado em 04/10/2016.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 9-13.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 11.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 12.

que se adequar a um novo (terceiro) modelo de processo civil: o cooperativo, estabelecendo, no §2º, do art. 3º, com bastante amplitude, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, ou seja, temos agora um sistema denominado “multiportas”.

Antes dessa mudança, era possível identificar dois modelos de processo civil: o adversarial e o inquisitivo. Como bem ensinado por Humberto Dalla e Tatiana Alves, no modelo adversarial as partes são as responsáveis pela condução do processo, devendo o órgão jurisdicional tomar uma postura mais passiva¹⁰⁰. Já no modelo inquisitivo, o juiz é quem conduz o processo, cabendo exclusivamente a ele, levando em conta a sua supremacia em relação às partes, tomar a iniciativa da busca da verdade real¹⁰¹.

A grande mudança de paradigma que se pretende com o processo cooperativo, dito como o terceiro modelo de processo civil, é induzir um comportamento de diálogo entre as partes, para que elas atuem em colaboração com o juiz (e a si mesmas), de modo a se alcançar um resultado final que seja justo e satisfatório para todos.

Em razão das legislações atuais que tratam da mediação, denota-se a preocupação que há pela valorização do consenso, fazendo com que haja, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa Neto, um “redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”¹⁰². Vê-se, portanto, a partir de agora, a mediação como um dos pilares do processo civil brasileiro.

Com efeito, o CPC/2015, a fim de incentivar o diálogo e colaboração entre as partes, traz 38 ocorrências sobre a palavra “mediação”. Nos dizeres de Fernanda Tartuce, “tal presença revela uma considerável mudança, já que nos Códigos

¹⁰⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa*. Interesse Público [Recurso Eletrônico], São Paulo, v. 16, n. 87, set./out. 2014. p. 48.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 48.

¹⁰² AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; BURIL, L; PEIXOTO, R.. (Org.). *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 259-260.

anteriores nenhuma menção era feita”¹⁰³.

A localização dos dispositivos que tratam da mediação no CPC/2015 é bem variada, demonstrando que o referido método não deve ser estimulado apenas no começo do processo, mas sim sempre que as partes entenderem conveniente tentarem uma solução conjunta para o caso.

A primeira menção à mediação vem descrita no §3º do art. 3º, sendo estabelecida como diretriz essencial do Código, ao dizer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial”.

Este estímulo, sustenta Fernanda Tartuce, se deve ao fato de que

“sendo o Poder Judiciário a arena preferencialmente buscada para dirimir conflitos sob o prisma contencioso, é importante a explicitação sobre a possibilidade de encontrar saídas proveitosas para os envolvidos com a adoção de mecanismos consensuais”¹⁰⁴.

É nesse sentido que o inciso V, do art. 139, do CPC/2015, dispõe que o juiz dirigirá o processo com o dever de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Além dessas previsões, o CPC/2015, na parte geral, traz uma seção específica para os conciliadores e mediadores judiciais. Há, também, um capítulo dedicado exclusivamente para a audiência de conciliação e mediação.

Mais adiante, ao tratar da audiência de instrução e julgamento, o art. 359 determina que “o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro”.

Além da parte geral, quando o CPC/2015 trata dos procedimentos especiais, a

¹⁰³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 752.

¹⁰⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis – 2. ed., rev., atual e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 261.

mediação é vista em dois momentos: nas ações de família¹⁰⁵ e nos procedimentos possessórios¹⁰⁶.

Também com o intuito de se estimular a mediação, enriquecendo a cooperação com a qual o novo processo civil deve ser pautado, a Lei de Mediação tentou regular alguns pontos que ainda estavam sem tratamento legal. Em razão disso, o seu capítulo I trata das disposições gerais, cabendo às suas seções e subseções falar sobre os mediadores judiciais e extrajudiciais, procedimento de mediação, confidencialidade etc.. Já o seu capítulo II, trata da autocomposição em que for parte pessoa jurídica de direito público. E, em seu capítulo III, trata das disposições finais.

Apesar do incentivo dado pela atual legislação na adoção dos métodos consensuais para a resolução de conflitos, têm surgido muitas dúvidas e reflexões a respeito da concomitante publicação do CPC/2015 e da Lei de Mediação. Este estudo se restringirá à análise da audiência de mediação, sendo cabível, antes de ingressar nesta discussão, analisar qual o conflito existente e, posteriormente, qual das normas deve prevalecer.

3.2 A “conciliação” entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação

Após longos anos de projetos de lei para institucionalizar a mediação, ao mesmo tempo em que existiram proposições visando alterar o Código de Processo

¹⁰⁵ CPC/2015: Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

¹⁰⁶ CPC/2015: Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

Civil, finalmente, em 2015, tivemos a normatividade do assunto.

O CPC/2015 foi publicado em 17 de março de 2015, já prevendo, como vimos, a mediação judicial em diversos dispositivos. A *vacatio legis* foi de 1 ano, ou seja, entrou em vigor em março de 2016.

O legislador, contudo, não quis que o CPC/2015 fosse o marco legal da mediação no Brasil. Assim, meses depois, a Lei de Mediação foi publicada (29 de junho de 2016), trazendo diversas regras não somente sobre a mediação judicial, como também sobre a extrajudicial, entrando em vigor em dezembro de 2015.

Embora os dispositivos das legislações sejam semelhantes, há diversos deles que contém grandes diferenças, gerando dúvidas aos intérpretes. A que será analisada neste estudo é a existência da audiência de mediação, que ocorrerá após a apresentação da petição inicial, para depois, frustrada a possibilidade de autocomposição entre as partes, passar ao momento da resposta do réu.

Para tanto, o CPC/2015 estabelece, em seu artigo 334, que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com, pelo menos, vinte dias de antecedência.

Note-se, portanto, a real mudança pretendida pelo legislador de 2015: antes, o réu era citado para comparecer em juízo para se defender; com o CPC/2015, o réu é citado para comparecer em audiência, a qual servirá de marco inicial do prazo para apresentar contestação, obviamente caso as partes não se autocomponham.

O §4º, do art. 334, do CPC/2015, possibilita que esta audiência não se realize, desde que ambas as partes se manifestem contrariamente a ela. É o consenso quanto ao dissenso, como bem concluiu Zulmar Duarte¹⁰⁷. Logo, se apenas uma das partes se manifestar contrariamente à audiência, ela será realizada. Além disso, o referido dispositivo dispõe que a audiência não será realizada caso não se admita autocomposição.

¹⁰⁷ DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acessado em 19/09/2016.

No entanto, a lei de Mediação não possibilita que a audiência seja dispensa pelas partes. Esta interpretação leva em conta a análise conjunta do art. 3º e do art. 27 da referida lei, que assim dispõem:

“Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”.

Apesar de parecer que seja uma sutil alteração entre os textos, a impossibilidade de dispensa, pelas partes, da audiência, torna obrigatória a sua realização. Ainda que não fosse desejável uma alteração que impactasse o CPC/2015 no período de *vacatio legis*, ela ocorreu, gerando uma incompatibilidade de regras entre as duas normas, sendo necessário estudar qual delas deverá prevalecer (se é que uma deva prevalecer sobre a outra).

Kelsen, ao tratar sobre a solução de conflitos de normas mediante derrogação, expõe que a derrogação não é um princípio lógico, mas sim jurídico-positivo, já que é uma terceira norma que determina, no caso de um conflito de normas, qual delas perderá sua validade¹⁰⁸. Geralmente, no nosso ordenamento jurídico, esta terceira norma que busca solucionar o conflito é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/1942), que contempla as formas de aplicação e entendimento das próprias normas jurídicas.

O art. 2º da LINDB traz importantes critérios para a resolução de antinomias, dentre os quais destacamos: (i) a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, salvo se a vigência for temporária; (ii) a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior; (iii) a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, p. 160-163.

anterior.

Geralmente, para analisar o conflito de normas e, assim, chegar a uma solução, são usados três critérios: (a) hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior; (b) cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior e; (c) especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral.

Para o conflito de leis entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação, o primeiro critério, ou seja, o hierárquico, não tem aplicabilidade, pois como bem observado por Marcelo Mazzola, “ambas são leis ordinárias e foram aprovadas pela maioria dos parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal presentes durante as respectivas votações, sido regularmente sancionadas pela Presidente”¹⁰⁹.

Já o segundo critério – cronológico – é o que gera uma grande dúvida em sua aplicação. Isso porque, o CPC/2015, embora tenha sido publicado antes (março de 2015) só entrou em vigor em março de 2016. Já a Lei de Mediação, embora tenha sido publicado posteriormente, entrou em vigor antes (dezembro de 2015).

Surge, então, a seguinte dúvida: entre uma lei já publicada, mas ainda não vigente, e uma lei publicada posteriormente, mas que entrou em vigor antes, qual delas deverá prevalecer? Essa dúvida, conforme bem lembrado por Marcelo Mazzola¹¹⁰, não é nova, tendo já sido amplamente debatida nos anos 90.

Isso porque, em 16 de julho de 1990 foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que alterou, no seu art. 263, o Código Penal, passando a qualificar os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, quando tais crimes fossem praticados contra menores de quatorze anos.

Tais alterações previam que (i) caso o estupro fosse praticado contra menor de quatorze anos, a pena seria de reclusão de quatro a dez anos; (ii) caso o atentado violento ao pudor fosse praticado contra menor de quatorze anos, a pena seria de reclusão de três a nove anos.

¹⁰⁹ MAZZOLA, Marcelo. *Mediação e direito intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 46. ano 12. p. 209-225. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015, p. 217.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 213-214.

A *vacatio legis* do ECA, conforme disposto no art. 266 da referida lei, foi de 90 dias, ou seja, somente seria aplicado a partir do mês de outubro daquele ano.

Contudo, em 26 de julho de 1990, foi publicada a lei dos Crimes Hediondos, tendo, em seu art. 12, estabelecido que sua vigência seria imediata, ou seja, na data de sua publicação.

A questão é que a Lei dos Crimes Hediondos alterou os referidos crimes, passando a cominar pena de seis a dez anos de reclusão nos tipos simples¹¹¹ e, caso a vítima fosse menor de quatorze anos, a pena seria majorada na metade¹¹², ficando, portanto, uma pena de 9 a 15 anos de reclusão.

Houve, naquela ocasião, muita discussão sobre qual lei seria aplicável. Note-se, portanto, que a discussão é a mesma de hoje em dia: se uma lei publicada antes, mas que entraria em vigor depois, prevaleceria sobre uma lei que foi publicada depois, mas que entrou em vigor antes.

A questão chegou até o Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu:

“Sabemos que as leis, ainda que em período de ‘*vacatio legis*’, não se revelam imunes à possibilidade jurídica de sua revogação por diploma legislativo que, sendo editado posteriormente, apresente-se em relação de conflito antinômico com elas. Vale dizer, inexistente qualquer obstáculo de índole jurídico-constitucional que impeça a revogação de uma determinada lei por outra, ainda que a superveniência desta última tenha formalmente ocorrido durante o prazo de “*vacatio legis*”, tal como já ocorreu, em nosso sistema de direito positivo, com o Código Penal de 1969 (DL 1.004/69), expressamente revogado pela Lei nº 6.578/78. No caso, operou-se uma típica hipótese de revogação tácita por incompatibilidade sucessiva entre o novo estatuto legal (Lei nº 8.072/90) e o anterior diploma legislativo (Lei nº 8.069/90), no ponto em que ambos dispuseram diversamente sobre o mesmo tema, revelando-se juridicamente irrelevante a circunstância de a lei

¹¹¹ Lei dos Crimes Hediondos - Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

¹¹² Lei dos Crimes Hediondos - Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

superveniente haver sido publicada no período de “vacatio legis” em que se achava o ato legislativo precedente”¹¹³.

Nesse sentido, conforme expõe Marcelo Mazzola, “os dispositivos do ECA foram revogados antes mesmo de sua entrada em vigor, o que reforça o argumento de que com a promulgação, e sua posterior publicação, a lei já existe, é válida e pode ser revogada, pendendo apenas de eficácia”¹¹⁴.

Assim, pelo critério cronológico, não há dúvida de que a Lei de Mediação é uma norma posterior, devendo prevalecer sobre a norma anterior (CPC/2015), uma vez que a anterioridade se verifica com o dia que passou a existir (sua publicação) e a ter validade, mesmo que ainda não tenha eficácia.

Todavia, conforme aponta Flávio Tartuce, o critério cronológico é o mais fraco dos três, sucumbindo frente aos demais¹¹⁵. Por essa razão, faz-se necessário analisar o terceiro deles, o da especialidade.

Maria Helena Diniz sustenta que

“uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. (...). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na lei especial que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica”¹¹⁶.

Por essas razões, não há dúvida de que a Lei de Mediação é uma lei especial,

¹¹³ Habeas Corpus – Delito de estupro praticado contra criança de três anos de idade – Crime hediondo – Alegado erro na dosimetria da pena – Inocorrência – Decisão fundamentada – Inaplicabilidade do art. 263 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – Vigência imediata da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) – Possibilidade jurídica de revogação, ainda que tácita, de lei que se acha em período de vacatio legis – Doutrina – Jurisprudência – Pedido Indeferido. HC 72.435/SP, j. 12.09.1995, rel. Min. Celso de Mello.

¹¹⁴ MAZZOLA, Marcelo. *Mediação e direito intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 46. ano 12. p. 209-225. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015, p. 213.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito*. Revista *Jus Navigandi* ano 10. n. 879. 29. Teresina, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585/breve-estudo-das-antinomias-ou-lacunas-de-conflito>>. Acessado em 20/09/2016.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

uma vez que disciplina, de forma mais detalhada e abrangente, o tema, tratando, inclusive, sobre outros pontos não tratados pelo CPC/2015, tais como, a mediação extrajudicial, a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público etc..

Levando em conta os três critérios comumente utilizados para a solução de antinomias entre normas, e que em dois deles – cronológico e especial – a Lei de Mediação é a que deve ser aplicada, verifica-se, que, em tese, esta lei teria revogado, ainda que tacitamente, os dispositivos do CPC/2015 que fossem ali conflitantes.

Apesar de parecer que a lei de Mediação, no art. 27, e o CPC/2015, no seu art. 334 e parágrafos, são dispositivos compatíveis, uma vez que dispõem sobre a audiência de mediação, a Lei de Mediação não abre a possibilidade de que as partes se manifestem, em consenso, para obstar a realização da audiência, razão pela qual se tornam conflitantes.

Por esses motivos, entende-se que a audiência de mediação passou a ser obrigatória, ou seja, ela existirá independentemente da vontade das partes, vez que é a Lei de Mediação que deve ser adotada.

Nesse sentido é o posicionamento do Zulmar Duarte:

“Designada que seja a audiência de mediação, as partes não poderão obstar sua realização mediante consenso, haja vista que a disciplina do inciso I do §4º do artigo 334 não se aplica à mediação, vez que subtraída da disciplina geral do Código pela existência de diploma especial e posterior (Lei de Mediação)”¹¹⁷.

E, em sendo este o entendimento, o art. 27 da Lei de Mediação é que deve ser aplicado, sendo que o verbo “designará”, previsto no referido artigo, conforme aponta Thiago Rodvalho, “exprime um poder-dever do magistrado. O poder-dever é caracterizado por ser uma competência atribuída por lei (= poder), ao mesmo tempo em que essa atribuição não é uma mera faculdade, sendo uma obrigação (= dever),

¹¹⁷ DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acessado em 19/09/2016.

de tal sorte que não somente pode fazê-lo, como deve fazê-lo”¹¹⁸.

Contudo, há quem diga¹¹⁹ que a Lei de Mediação não revogou os dispositivos do CPC/2015, uma vez que, contemporaneamente, ao invés de aplicar estes critérios, há possibilidade de se compatibilizar os dispositivos que poderiam estar em descompasso, aplicando-se, então, a teoria do diálogo da fonte.

Esta teoria foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, tendo por finalidade harmonizar as normas do ordenamento jurídico. Ou seja, as normas devem ser aplicadas de forma simultânea, seja complementariamente ou subsidiariamente, não na forma de exclusão¹²⁰.

Aplicando esta teoria, Fernanda Tartuce menciona que

“é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns ao expressar ter como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade.

Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação”¹²¹.

Esta interpretação, contudo, sofre críticas. Thiago Rodovalho, ao tratar do tema, expõe que

“não nos parece, venia concessa, haver acerto na defesa de que não haveria incompatibilidade entre a Lei de Mediação e o NCPC, como defende a corrente. Assim não nos parece, porque a LMed não reproduziu a mesma opção de desinteresse pelo réu (334 § 5.º do NCPC), o que, pelo próprio NCPC, era *conditio sine qua non* para a não-ocorrência da audiência de conciliação ou de mediação”¹²².

¹¹⁸ RODOVALHO, Thiago. *Mediação Obrigatória?*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acessado em 22/09/2016.

¹¹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 268-269.

¹²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, jan.-mar. 2003, p. 71-99.

¹²¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 269.

¹²² RODOVALHO, Thiago. *Mediação Obrigatória?*. Disponível em:

No entanto, mesmo que o intérprete chegue à conclusão de que não houve a revogação do dispositivo do CPC/2015 que trata da audiência de mediação, a conclusão de que a referida audiência é obrigatória pode não mudar.

Isso porque, o §8º do CPC/2015 estabelece que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Apesar de este artigo não falar especificamente sobre a audiência de mediação, Eduardo Cambi, ao comentar este dispositivo, afirma que

“a sanção imposta pelo não comparecimento também deve ser imposta a ausência na audiência designada para mediação, pois a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição”¹²³.

Outro motivo pelo qual pode-se entender que com a aplicação do CPC/2015 o legislador quis impor a realização da audiência de mediação, diz respeito aos princípios da economia e celeridade processual, uma vez que possibilitará que o conflito se resolva logo no início do processo.

A par disso, inclusive, o CPC/2015, no art. 695, quando trata das ações de família, cria um procedimento bem semelhante ao previsto no art. 334, contudo, não repete a possibilidade de que as partes possam opor-se, em consenso, à audiência de mediação. Esta ação leva em conta o disposto no artigo anterior (694), que retrata a ideia de que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia. Este, portanto, é mais um forte argumento de que o ideal do CPC/2015 foi de instituir a mediação obrigatória.

Outro fator que motiva a obrigatoriedade da audiência é o esclarecimento da

<<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acessado em 22/09/2016.

¹²³ CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, p. 886.

Ada Pellegrini Grinover, quanto à sua realização:

“Pensou-se, também, em tornar a audiência de conciliação obrigatória, porquanto não se pode permitir que uma das partes manifeste a intenção de a ela se subtrair, sem que haja pelo menos um contato com o mediador-conciliador judicial, que poderão evidenciar as vantagens da solução consensuada”¹²⁴.

Outro fato que corrobora o entendimento de que a mediação no Brasil passa a ser obrigatória, mesmo analisando apenas pelo enfoque do CPC/2015, é que não basta apenas uma das partes se manifestar pela não realização da audiência de mediação. Isso porque, como bem lembrado por Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja, “a demonstração unilateral de desinteresse não exime a parte da obrigação de comparecer à primeira sessão de mediação”¹²⁵.

Levando em conta todos estes aspectos, este estudo adotará a mediação como obrigatória, sendo necessário, a partir de agora, analisar os impactos decorrentes da sua instituição.

3.3 Impactos decorrentes da mediação obrigatória

A forma obrigatória como a mediação foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pode ensejar diversos questionamentos sobre a sua validade: (i) tal obrigatoriedade prevalece sobre o princípio da autonomia da vontade? (ii) a compulsoriedade é o melhor caminho a ser perseguido quando pensamos em ruptura do procedimento passado para o novo? (iii) o efeito que pode advir da obrigatoriedade é estatístico ou tem uma índole pacificadora? (iv) as partes, na audiência obrigatória, têm uma motivação para participação ou será apenas mais uma etapa a ser

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini . Conciliação e mediação judiciais no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. 1ed.Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. , p.5.

¹²⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 148.

ultrapassada no processo?

Com relação ao primeiro questionamento, sabe-se que um dos princípios da mediação é o da autonomia da vontade, que, como já visto, é a possibilidade que as pessoas têm para decidir os rumos do conflito, até mesmo a opção pela adoção deste método consensual de resolução da controvérsia.

Como a autonomia da vontade pressupõe uma possibilidade de escolha pelas partes, a imposição da mediação pode comprometer o seu próprio princípio. Sobre este entendimento, Fernanda Tartuce ressalta que “a imposição da obrigatoriedade pode se revelar indevida e inadequada diante de nossa situação cultural e da necessária voluntariedade que deve reger a adesão aos mecanismos consensuais”¹²⁶.

A principal crítica feita ao modelo compulsório de mediação, agora adotado no Brasil, se deve ao fato de que a autonomia da vontade está adstrita ao próprio Estado Democrático de Direito, configurada pela autodeterminação de cada pessoa optar em se submeter à mediação, avaliando a dimensão que esta escolha terá.

Segundo afirma Humberto Dalla Bernardina Pinho e Michele Pedrosa Paumgartten, “as partes devem concordar ou não em iniciar um procedimento de mediação. É o princípio da autonomia da vontade, onipresente na prática mediativa, que se funda na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades”¹²⁷.

No mesmo sentido, o autor entende que a mesma lógica de que ninguém deve ser obrigado a ir a juízo, deve ser aplicada à mediação, ou seja, ninguém pode ser obrigado a tentar um acordo. Assim, ele conclui que “a mediação obrigatória em nada contribui para a real pacificação do litígio”¹²⁸, e que esta característica – a

¹²⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 303.

¹²⁷ PAUMGARTTEN, Michele Paumgartten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). *Arbitragem e Mediação*. 01ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v., p.337.

¹²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 223.

voluntariedade - jamais pode ser comprometida¹²⁹.

Contrariamente a isto, Thiago Rodovalho entende que a mediação obrigatória não é inconstitucional, mas sim consentânea com o Estado Democrático de Direito e com a própria Constituição Federal¹³⁰.

A justificativa para o entendimento do autor está no preâmbulo da Constituição, que assim é redigido: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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”¹³¹.

Desta forma, na visão do autor, “a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias são, portanto, valores e fundamento de nosso Estado Democrático”¹³².

Humberto Dalla Bernardina Pinho reconhece, todavia, que é necessário buscar uma solução nas quais a mediação seja o método mais indicado para aquele conflito que as partes se recusam a participar sem uma razoável explicação¹³³. São aquelas situações menores, em que o conflito foi judicializado por questões meramente de “capricho” de uma das partes.

Para estas situações, e como forma de suavizar a obrigatoriedade da mediação, o autor entende que deveria haver a necessidade de demonstração ao juízo de que já

¹²⁹ *Ibidem*, p. 226.

¹³⁰ RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acessado em: 30/09/2016.

¹³¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 30/09/2016.

¹³² RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acessado em: 30/09/2016.

¹³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 226.

tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para a controvérsia¹³⁴.

O que haveria, neste caso, seria uma ampliação do conceito de interesse de agir, que hoje é entendido pela capacidade de trazer ao demandante uma verdadeira tutela - a tutela jurisdicional -¹³⁵, devendo passar a ser acolhida na ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, passando a interpretar o interesse de agir às novas concepções do Estado Democrático de Direito, racionalizando a prestação jurisdicional e evitando a desnecessária procura pelo Poder Judiciário¹³⁶.

Este tipo de discussão já foi realizado na área trabalhista, quando se analisou a constitucionalidade do art. 625-D da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que condicionou o ajuizamento das reclamações trabalhistas à submissão à comissão de conciliação prévia.

Argumentou-se, à época, afronta ao direito público subjetivo do cidadão de submeter à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito decorrente da relação de emprego (artigo 5º, XXXV, CF), uma vez que, além de limitar a liberdade de escolha da via mais conveniente, condiciona a admissão da reclamação trabalhista à juntada do fracasso da tentativa conciliatória ou da impossibilidade desse rito prévio¹³⁷.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2139/DF¹³⁸ e 2160/DF¹³⁹), determinou que não há necessidade de as demandas trabalhistas serem submetidas à comissão de conciliação prévia antes de ser analisadas pelo Poder Judiciário, por entender que assim se preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à justiça.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 227.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral no novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 117.

¹³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 227.

¹³⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70801>>. Acessado em 30/09/2016.

¹³⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2139&processo=2139>>. Acessado em 05/10/2016.

¹³⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2139&processo=2160>>. Acessado em 05/10/2016.

Voltando ao processo civil, Carlos Alberto Salles expõe que a obrigatoriedade de demonstração de que já se tentou uma solução consensual não é contrária ao acesso à justiça, visto se tratar de mais um requisito a ser exigido para ingresso no Judiciário, assim como já ocorre com os pressupostos processuais e as condições da ação, que embora possam parecer uma limitação, não se fala em óbice à justiça¹⁴⁰.

Fernanda Tartuce discorda deste posicionamento, na medida em que, para ela, à luz da garantia efetiva de acesso à justiça, a obrigatoriedade de prévia submissão das partes a instâncias consensuais se revela inadequada¹⁴¹.

Deste modo, ao “suavizar” a obrigatoriedade da mediação com a demonstração em juízo de que já tentaram, de alguma forma, a solução consensual, corre o risco de ser vista como uma limitação ao acesso à justiça.

Então em que lado ficar?: do lado em que se extrai a mediação obrigatória como solução para que a sociedade se valha deste método, correndo o risco de ser interpretada como contrária ao seu próprio princípio – o da autonomia da vontade -, ou do lado em que se deva exigir, como requisito para ingresso no Judiciário, a tentativa de solução consensual, correndo o risco de ser interpretada contrariamente à própria definição de acesso à justiça?

Essa é uma das facetas que a obrigatoriedade da mediação pode gerar. O que não se pode perder de vista, neste primeiro momento, é que esse é um período de ruptura do velho procedimento para o novo, resvalando, aqui, no segundo questionamento feito no início deste capítulo.

Quem é contrário à mediação obrigatória, entende que esta forma pode ensejar situações contrárias ao seu próprio instituto, fazendo com que sua finalidade seja apenas estatística, ou seja, de redução de processos, o que pode contribuir para que

¹⁴⁰ SALLES, Carlos A. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Org.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 779-783.

¹⁴¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 298.

a mediação não se torne um eficaz meio de resolução de conflitos, como se espera¹⁴².

Para esta corrente, a ânsia de se mediar e, assim, diminuir a sobrecarga no Judiciário, pode surtir um efeito contrário ao pretendido quando da instituição da mediação (obrigatória): a não contribuição para a pacificação social¹⁴³.

E este posicionamento faz sentido. Não se pode corrigir um erro – a grande quantidade de processos, que tem como consequência tornar a justiça morosa – com outro erro – ter a mediação tão somente para diminuição da carga judiciária –.

Isso prejudica o próprio processo de amadurecimento em que a sociedade deve passar com a superação do velho para o novo procedimento. E todos sabem: é difícil lidar com o novo.

Há, todavia, outra corrente¹⁴⁴ que entende que no atual contexto do Brasil, se a mediação não for obrigatória, certamente ela não trará o efeito que se espera: a mudança das pessoas nos métodos de se resolver o conflito. É por esse motivo que Daniela Monteiro Gabbay, quando cita o estudo de Wayne Brazil, aponta que se a mediação não for obrigatória, pode ocorrer uma baixa escolha das pessoas por este método, vez que

“há normalmente desconfiança das partes e dos advogados, medo do desconhecido, de tornar o procedimento ainda mais longo, ter mais trabalho, assumir riscos e sair da zona de conforto em que estão acostumados a agir, além do receio dos advogados de reduzir ou ter que mudar a forma de cobrança de honorários”¹⁴⁵.

A solução apresentada por Wayne Brazil, conforme aponta Daniela Monteiro Gabbay, é a de tornar obrigatória a mediação até que haja uma mudança cultural

¹⁴² Sobre este entendimento, ler: PAUMGARTTEN, Michele Paumgartten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). Arbitragem e Mediação. 01ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 222.

¹⁴⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 83.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 83.

suficiente para gerar maior adesão voluntária aos meios consensuais, sendo possível retirá-los caso as partes demonstrem (via petição) não ser apropriada esta tentativa de solução autocompositiva. Ou seja, a mediação é obrigatória até que as partes provejam o contrário¹⁴⁶.

Todavia, e aqui entrando no terceiro questionamento feito no início do capítulo, Humberto Dalla Bernadina Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten, de forma bem incisiva, enxergam que a mediação obrigatória pode configurar uma das seguintes situações, concluindo, logo após, que nenhuma delas parece estar em harmonia com a índole pacificadora da moderna concepção de jurisdição:

- “a) as partes farão uma mediação simulada e, após duas ou três sessões dirão que o acordo é impossível, preenchendo, dessa forma, a condição legal que lhe foi imposta;
- b) as partes se submeterão a um procedimento superficial, e a verdadeira questão subjacente aquele conflito, que funciona como motor propulsor oculto de toda aquela litigiosidade, não será sequer examinada;
- c) as partes se recusarão a participar do ato, por saberem que não há condições de viabilidade no acordo”¹⁴⁷.

Verifica-se, assim, que os autores entendem que a mediação de forma obrigatória tem um caráter meramente estatístico, desvirtuando a real finalidade deste instituto, qual seja, de servir às necessidades da sociedade.

Por outro lado, Thiago Rodovalho compartilha a ideia de que em países onde a mediação é obrigatória, como é o caso do Canadá, Argentina e Itália, este modelo tem servido para boas experiências na resolução de conflitos. O autor exemplifica que no caso de Ontário, “as estatísticas revelam 40% de acordo nas mediações obrigatórias, além de 10% a 20% de acordos parciais. Embora os percentuais de acordos celebrados nas mediações voluntárias sejam maiores (70% a 80% de acordos), os

¹⁴⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 83.

¹⁴⁷ PAUMGARTTEN, Michele Paumgarten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). *Arbitragem e Mediação*. 01ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. , p.346.

índices obtidos nas mediações obrigatórias não são desprezíveis”¹⁴⁸.

É por esta razão que o autor entende que a mediação obrigatória, ainda quando o acordo não é atingido, melhora o relacionamento futuro e facilita com que, posteriormente, um acordo possa vir a ser realizado¹⁴⁹.

Tornar a mediação obrigatória pode ser defendida como uma solução para que o acesso efetivo à justiça – assim entendido como aquele sistema que deve ser igualmente acessível a todos, que produz resultados que sejam individualmente e socialmente justos – não se torne algo muito distante da realidade, vez que a sua voluntariedade pode ensejar uma baixa adesão a este método de solução de conflitos, caracterizado por questões culturais.

No entanto, há quem entenda¹⁵⁰ que a obrigatoriedade da mediação pode incorrer nos mesmos erros quando foram implantados, de forma improvisada e sem profissionalismo, outros métodos, a exemplo da própria conciliação que, como muito bem lembrado pela Nancy Andrichi,

“O instituto da conciliação, que integra o procedimento ordinário, nos termos do artigo 331 do Código de Processo Civil, sofre abalo de crédito em alguns tribunais, porque o ato conciliatório muitas vezes é praticado por profissional sem a devida qualificação (funcionário da secretaria ou estudantes do curso de direito adequadamente treinados). Essa forma de prática do ato processual conciliatório fica desqualificada porque o conciliador não transmite para as partes e advogados a confiança e segurança que todos esperam e têm direito quando chegam aos tribunais”¹⁵¹.

Portanto, a resposta ao quarto questionamento deve levar em conta que se não

¹⁴⁸ RODOVALHO, Thiago. *Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acessado em 04/10/2016.

¹⁴⁹ RODOVALHO, Thiago. *Mediação Obrigatória?*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acessado em 22/09/2016.

¹⁵⁰ Sobre este entendimento, ler: PAUMGARTTEN, Michele Paumgarten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). *Arbitragem e Mediação*. 01ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁵¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Mediação – Um instrumento judicial para a paz social*. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, set. 2006, p. 136.

houver uma reflexão sobre o cenário que a mediação obrigatória pode causar num médio-longo prazo, corre-se o risco de transformar este instituto em mais um método ineficaz para a solução de conflitos.

Isso porque, torna-la obrigatória e utilizá-la de forma “mecanizada” em todos os processos, pode fazer com que as mediações sejam iguais as audiências prévias, que, infelizmente, são ineficazes. Além disso, deve-se levar em conta que a mediação exige tempo e dedicação do mediador e das próprias partes, que terão, dentro de um amplo processo dialógico, que buscar uma saída conjunta.

Por essa razão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten expõem que ao se introduzir no ordenamento a mediação obrigatória, “corremos o risco de simplesmente por termo à uma controvérsia que precisaria ser mais ventilada; a indução à passividade ao invés de promover o diálogo; teríamos uma pacificação ao invés de paz”¹⁵².

Vale dizer que, em posição contrária, há quem entenda que a mediação obrigatória prima pela efetividade e busca “fulminar” os processos em que as partes poderiam resolver de forma autocompositiva, sendo, portanto, benéfica¹⁵³.

Fernando da Fonseca Gajardoni, conclui que a opção pela obrigatoriedade da mediação pode trazer diversos problemas práticos:

“a) quebra-se aquilo que de mais caro há nos métodos consensuais de solução de conflito, a autonomia da vontade, lançada pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 CPC/2015); b) burocratiza-se a mediação/conciliação, obrigando todas as partes, mesmo não querendo, a se submeter a ela, simplesmente porque uma delas deseja; e c) dá azo a manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência, apenas, para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra; e d) torna maior o custo do processo, pois além do pagamento pelos serviços do

¹⁵² PAUMGARTTEN, Michele Paumgarten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). Arbitragem e Mediação. 01ed.Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. , p.335.

¹⁵³ RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Algumas observações sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no novo CPC*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015, p. 149.

mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura”¹⁵⁴.

Apesar dos problemas apontados por Fernando Gajardoni, há quem entenda¹⁵⁵ que a obrigatoriedade da mediação faz estimular a procura voluntária por este método, fazendo, inclusive, com que os advogados passem a requerê-la sempre, além de aumentar a probabilidade de que recomende este método aos seus clientes.

Outro argumento utilizado em favor da mediação leva em conta que a sua adesão voluntária pode ser enxergada, pela outra parte, como fraqueza, ou seja, “que só procurou a mediação pois sabe que está errada”. Assim, a sua obrigatoriedade não ensinaria este tipo de pensamento¹⁵⁶.

Em suma, as principais vantagens encontradas na doutrina em se ter a mediação obrigatória são: mesmo quando o acordo não é atingido, a mediação melhora o relacionamento futuro; passará a existir um efetivo acesso à justiça; faz com que as pessoas se sintam estimuladas a procurar por este método voluntariamente, já que o contrário é difícil de acontecer, uma vez que as pessoas não querem sair da sua zona de conforto; há boas experiências vivenciadas em países onde a mediação é obrigatória e; ela é consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Como contraponto, as principais desvantagens encontradas na doutrina com relação a obrigatoriedade da mediação são as seguintes: contraria o seu próprio princípio – o da autonomia da vontade –; não contribui para a real pacificação, tendo, assim, uma finalidade meramente estatística – diminuição de processos –; podem existir situações em que as partes farão audiências simuladas apenas para ganharem tempo no processo e; em razão de todas essas desvantagens, pode, num médio-longo prazo, se tornar ineficaz.

¹⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Novo CPC: vale a pena apostar na conciliação/mediação?* Disponível em <<http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>>. Acessado em 01/10/2016.

¹⁵⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 83-84.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 206.

Como solução a tudo isso, Fernanda Tartuce demonstra que

“o caminho mais pertinente e condizente com a técnica consensual é disponibilizar e divulgar, ao máximo, iniciativas profícuas de mediação e incentivar as partes e os advogados a conhecer o método por meio de palestras informativas ou sessões de pré-mediação. Embora o caminho possa se apresentar mais longo e mais demorado em termos de adesão generalizada à mediação, esta tem sido a experiência mais produtiva em outros ordenamentos”¹⁵⁷.

Verifica-se, que o primeiro passo foi dado para a mudança que deve ser perseguida pela sociedade – obrigatoriedade da mediação –, ainda que ela possa gerar críticas. Este é o risco que se corre quando da instituição de um desafio a ser enfrentado por todos para uma nova postura. Mas é claro, não podemos perder a humildade de sempre refletir sobre o sucesso desta implementação.

No entanto, nem a doutrina nem as leis são capazes de, sozinhas, desviar o assustador volume de conflitos que ainda são levados ao Judiciário, sendo necessário, paralelamente a isto, articulações com outras providências, de diversas ordens, para que haja uma mudança de mentalidade de se abandonar a atual prática judiciária, por parte não só da sociedade, mas de todos os profissionais do direito.

3.4 Mudança de mentalidade: o maior desafio a ser enfrentado pela mediação

É evidente que apenas a regulamentação expressa da mediação no Brasil não terá o condão de mudar o paradigma atualmente existente. É preciso muito mais.

Fernanda Tartuce, ao citar o estudo de Leonard Riskin, expõe que o pensamento atual da sociedade e dos operadores do direito se assenta em duas principais premissas: “1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e

¹⁵⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 298.

geral por um terceiro”¹⁵⁸.

No entanto, estas premissas vão na contramão da mediação, a qual tem por objetivo fazer com que ambas as partes ganhem com a solução do conflito e que “a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida”¹⁵⁹.

Para que a mediação realmente se torne eficaz, é necessária uma modificação na visão da sociedade e do profissional do direito na solução dos conflitos.

Como bem observado por Kazuo Watanabe, tem-se que substituir a cultura da sentença, pela cultura da pacificação¹⁶⁰.

Até porque, como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, demanda boa

“é aquela que (i) preferivelmente, foi prevenida de algum modo; ou (ii) foi antes submetida às instâncias de mediação, à arbitragem ou aos órgãos parajurisdicionais; enfim, (iii) se judicializada, puderam as partes, não obstante, encerrá-la antecipadamente, mesmo em segundo grau, mediante conciliação bem conduzida e orientada por agente preparado para esse mister”¹⁶¹.

Ocorre que apenas a existência da lei é insuficiente para a mudança da mentalidade do “ganha x perde” para a mentalidade do “ganha x ganha”. É fundamental que a sociedade entenda que o Judiciário não é a única via para a solução dos conflitos. Por esse motivo é que Fernanda Tartuce expõe que “promover informação sobre os diversos meios de abordagem de conflitos é iniciativa interessante para ampliar a visibilidade dos mecanismos consensuais, que podem se revelar adequados na busca da eficaz superação da controvérsia”¹⁶².

¹⁵⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – 2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 299

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 299.

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 690.

¹⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O Plano Piloto de Conciliação em 2º grau de jurisdição do E. Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*. Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, 9. 11-49, fev. 2004, p. 35.

¹⁶² TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz;

Como é difícil que as pessoas busquem outros sistemas que não aqueles já conhecidos e familiares (embora ineficazes e, muitas vezes, morosos), a informação sobre a pertinência em se preferir um ou outro método é fundamental para que a pessoa consiga escolher e decidir, com legitimidade, o meio que se pretende usar.

Espera-se, com o passar dos anos, que a sociedade primeiro tente dialogar com a outra parte sobre aquele determinado conflito, para que, depois de frustrada esta possibilidade, a pessoa recorra ao Judiciário. Ou seja, espera-se que a sociedade se conscientize que o acesso ao Poder Judiciário é uma espécie de “cláusula de reserva”¹⁶³ e que o uso indiscriminado dos meios judiciais se revela como imaturidade e incapacidade da sociedade em lidar com os problemas¹⁶⁴.

Isso porque, como explica Humberto Dalla Bernardina de Pinho,

“nosso ordenamento jurídico não está apto a trabalhar com o conceito de conflitos insolúveis, ou seja, que jamais poderão ser resolvidos. Nestes, o máximo que se pode fazer é monitorar e empreender um trabalho de acompanhamento, com o objetivo de manter a disputa em níveis aceitáveis de convivência e civilidade”¹⁶⁵.

É por esta razão que Kazuo Watanabe aponta que é preciso considerar as bases culturais, para que seja pensada uma estratégia mais adequada de tratamento dos conflitos¹⁶⁶. E completa:

“Para dar a dimensão da diferença entre Brasil e Japão, citarei um dado: o Japão tem uma população de 120 milhões de habitantes – o Estado de São Paulo tem 40 milhões de habitantes, quer dizer, 1/3 da população do Japão; são 150 mil advogados no Estado de São Paulo; o Japão tem 19 mil advogados para 140 milhões de pessoas. Não é verdade afirmar que o japonês não é conflituoso, basta estarem presentes dois japoneses para constituírem uma associação, e há conflitos, mas há mecanismos para solucioná-los”¹⁶⁷.

MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 755-756.

¹⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 214.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 3.

¹⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012, p. 214.

¹⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*, in C.JF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: C.JF, 2003, pp. 42/50, p. 45.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 45.

Assim, a atual cultura da sociedade (cultura da sentença) deve ser substituída de forma rápida para a cultura da pacificação.

No entanto, além da própria sociedade ter que se abrir a outros métodos de solução de conflitos, os próprios profissionais do direito precisam estar dispostos a enfrentar estas outras possibilidades (consensuais) em que o conflito possa se resolver.

Para isso, tem que ser analisados diversos aspectos, a começar pela formação do profissional do direito.

Basta fazer uma simples análise curricular dos cursos de direito no Brasil – que não são poucos – para termos ideia de que os meios consensuais de solução de conflitos não têm espaço, ou, quando tem, são timidamente abordados.

Isso faz com que os estudiosos do direito que, futuramente, se tornarão advogados, defensores, promotores, juízes etc., tenham sua visão voltada exclusivamente ao modo contencioso.

Nas palavras de Kazuo Watanabe

“além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação, é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses (...). O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo decurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso”¹⁶⁸.

E a lógica para isso é simples: o mercado de trabalho exige essa abordagem. Raramente se nota, na prática, escritórios de advocacia ou empresas que procuram advogados que são voltados à solução não-contenciosa.

É evidente que isso vêm mudando. E começou com a arbitragem. O que se espera é que daqui alguns anos o mercado passe a exigir destes profissionais um perfil

¹⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 685.

mais voltado à prática não-contenciosa, estimulando-os a estudarem métodos consensuais para solução do conflito, gerando, nos estudantes, uma nova mentalidade, mais aberta ao diálogo e à cooperação.

Ocorre que, além destas mudanças, a nova mentalidade deve contar com a colaboração de todos, não se podendo esquecer da participação dos juízes nesse processo de mudança, o que refletirá, diretamente, no estímulo às partes na utilização destes métodos.

Acontece que muitos juízes têm um certo preconceito na utilização de tais métodos, pois entendem que “seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses”¹⁶⁹.

Outro ponto lembrado por Kazuo Watanabe e que afasta os juízes da utilização dos métodos consensuais, é a falsa percepção que eles têm de que “a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz”¹⁷⁰. Contudo, como bem conclui o autor, os magistrados esquecem que a função jurisdicional consiste em pacificar com justiça os conflitantes, e que estes métodos consensuais, terão como consequência a solução do conflito¹⁷¹.

Outro fator apontado por Kazuo Watanabe e que diminui a percepção dos juízes de que a mediação é um método que deve ser estimulado, leva em conta a avaliação de merecimento dos membros do Tribunal, pois para avaliação de suas promoções são analisadas as boas sentenças por eles proferidas, esquecendo das atividades conciliatórias¹⁷².

Tudo isso é o que faz prevalecer, entre nós, a cultura da sentença.

Essa dificuldade de lidar com o novo é tão perceptível, que mesmo com o estímulo trazido pelo CPC/2015 e pela Lei de Mediação, alguns juízes dispensaram a

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 686.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 686.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 686.

¹⁷² WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 687.

audiência, por entenderem que (a) ferirá o princípio da duração razoável do processo¹⁷³; (b) é insignificante o número de acordos realizados nas audiências iniciais¹⁷⁴; e (c) falta estrutura no CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania)¹⁷⁵.

Verifica-se, assim, que os magistrados não entenderam que o objetivo do legislador é fazer com que eles tenham um papel mais ativo, sendo primordial que eles se valham da sua qualidade de “juiz Hermes” (esperado no atual modelo de processo civil) e, assim, possam, cada vez mais induzir as partes a resolver os conflitos por si mesmas.

Esta mudança de mentalidade deve ocorrer, também, por parte dos advogados, que, diante do conflito, e por ser ele, em tese, a primeira pessoa a apreciar a controvérsia, deve analisar a possibilidade de ser resolvido consensualmente ou de forma litigiosa, informando às partes os rios de suas escolhas, para que, assim, elas possam escolher o método de solução que entendem mais adequado.

Infelizmente este não é o cenário atual. Grande parte dos advogados têm resistência em se utilizar de métodos consensuais e as suas principais razões são: (i) estarão fora da sua zona de conforto; (ii) a mediação diminui a forma de atuação; (iii) receberão menos honorários se atuarem pelos métodos consensuais.

A questão da zona de conforto já foi aqui estudada, mas convém ressaltar que isso é fruto das próprias faculdades de direito, que formam o estudante para atuar

¹⁷³ “Em atenção ao princípio da duração razoável do processo (CF, artigo 5º, inciso LXXVIII), a audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil será designada futuramente, na hipótese de manifestação de interesse de ambas as partes”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Vara Cível Central. Ação Procedimento Comum, processo nº 1072441-94.2016.8.26.0000. Juiz de Direito Rodrigo Cesar Fernandes Marinho. Conclusão de 18/07/2016.

¹⁷⁴ “Primeiramente, deixo de designar a audiência de conciliação prevista no artigo 334, do CPC. (...) Isso porque são incontáveis os casos de redesignações de audiências por impossibilidade temporal de citação dos réus; além disso, é insignificante o número de acordos realizados nessas audiências iniciais”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Ribeirão Preto. 6ª Vara Cível. Procedimento Sumário – Condomínio em Edifício, processo nº 1015188-31.2015.8.26.0506. Conclusão de 20/05/2016.

¹⁷⁵ “Deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do Novo Código de Processo Civil, diante da falta de estrutura do CEJUSC para fazer frente à realização de tal ato no bojo da integralidade das ações propostas em tempo razoável”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Itaquaquecetuba. 3ª Vara Cível. Procedimento Comum – Interpretação / Revisão de Contrato, processo nº 1005809-71.2015.8.26.0278. Conclusão de 24/05/2016.

apenas de forma litigiosa. Muitos saem da faculdade sem, sequer, saber a diferença entre mediação e conciliação; entre estes métodos e a arbitragem.

Por conta disso, o pensamento tradicional do advogado é sempre para a resolução do conflito pela via do litígio. E isso leva em conta, também, que como a própria sociedade têm resistência em se valer de outros métodos de resolução de conflito, caso o advogado fique convencido que o método consensual pode ser mais interessante para aquele caso, ele sofra dificuldades em convencer seu cliente sobre a adesão à mediação.

Por essa razão, Fernanda Tartuce traz alguns argumentos interessantes em prol da mediação que podem ser passados aos clientes, são eles: (i) produção de soluções melhores para os problemas complexos; (ii) maior controle do conteúdo material, já que terão o poder de definir o resultado, uma vez que delegar a outrem – juiz – esta competência nem sempre preserva a empresa; (iii) maior controle do procedimento, pois possibilita que as partes amoldem o rito às suas necessidades; (iv) melhora os aspectos relacionais, já que buscam soluções que atendam aos interesses das partes, melhorando, assim, um relacionamento futuro; (v) diminuição de tempo, o que, para empresa, pode ter um significativo impacto, na medida em que o litígio pode trazer altos custos indiretos, como a perda de negócios; (vi) diminuição de danos à imagem da empresa¹⁷⁶.

Como exemplo destes argumentos, podemos citar um recente acordo feito no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”). À época (22 de agosto de 2016), o ministro Luis Felipe Salomão suspendeu o andamento do processo por 60 dias, com a justificativa de homenagear o escopo do CPC/2015 e da Lei de Mediação “no sentido de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, em qualquer grau de jurisdição”¹⁷⁷. Os advogados afirmaram que, de um lado, havia um ceticismo quanto ao procedimento e, de outro,

¹⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015, p. 162-164.

¹⁷⁷ RESP 1.593.118-SP. j. 22.08.2016, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

resistência em participar da mediação¹⁷⁸. Contudo, a conclusão que chegaram é que, em menos de duas horas, conseguiram uma economia de tempo de três anos, considerando o tempo estimado caso os recursos fossem analisados até o trânsito em julgado¹⁷⁹.

Este é o típico caso em que a mediação é vista como forma eficaz de solução de conflitos, tendo em vista a economia de tempo e a manutenção da relação amigável entre as partes.

A segunda resistência – diminuição da atuação do advogado – também precisa ser melhor estudada, para que não tenha esta interpretação.

A vantagem de se contar com um advogado, antes, durante e depois do processo mediacional é muito grande. Isso porque, é muito importante que o advogado prepare o caso para a mediação. Sobre esta preparação, Fernanda Tartuce ressalta que ela

“difere da lógica da preparação da ação judicial porque não se jogará o “jogo do julgamento”, mas sim o “jogo da mediação”. Neste, não se busca sustentar as posições jurídicas por meio de alegações baseadas em teorias do Direito; pelo contrário, as posições jurídicas ficam em segundo plano e, ao serem evocadas, ficam restritas ao plano especulativo, pois a intenção na mediação não é ter as posições jurídicas declaradas como válidas ou inválidas por um terceiro. Como se percebe, a preparação adequada do advogado para uma negociação exige que ele saiba quais são os fatos relevantes, qual o direito aplicável e quais são os interesses do cliente”¹⁸⁰.

Mostra-se, portanto, extremamente importante a participação do advogado no início do processo da mediação, visto que só assim será possível analisar e prevenir maus acordos.

Durante o processo de mediação não é diferente. A participação do advogado

¹⁷⁸ *Acordo bem-sucedido inaugura esforço do STJ pela mediação*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/Acordo-bem-sucedido-inaugura-esforço-do-STJ-pela-mediação>. Acessado em 03/10/2016.

¹⁷⁹ *Idem, Ibidem*.

¹⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015, p. 165.

se mostra muito valiosa, visto que poderão esclarecer dúvidas de seu cliente, fazendo com que ele tome decisões mais acertadas. Por essa razão, Juliana Demarchi aponta ser essencial a atuação do advogado durante a mediação, visto que “eles têm a missão de orientar juridicamente as partes e auxiliá-las na adequada compreensão dos interesses em debate e nas consequências de eventual acordo”¹⁸¹.

Sua participação ao final da mediação também se revela fundamental, pois sua atuação técnica será importante para a oficialização de seus termos¹⁸².

A terceira resistência – diminuição da percepção dos honorários advocatícios – , também não deve ser assim interpretada. Isso porque, assim como a atualidade pede uma maior dinâmica para a atuação do advogado, a forma de cobrar os honorários advocatícios também deve ser repensada.

O padrão atual é que o advogado receba os valores pelos atos processuais praticados, o que, de certa forma, para o meio consensual, não terá utilidade.

Como o advogado terá que desempenhar atividades de preparação, orientação e acompanhamento às audiências de mediação, Fernanda Tartuce expõe que

“A percepção imediata e célere dos honorários por sua remuneração na preparação e no assessoramento durante as sessões consensuais por certo atende a interesses econômicos dos advogados. Além disso, a cobrança pode ser diversa quando da atuação técnica para tornar o acordo um título executivo (extrajudicial ou mesmo judicial)”¹⁸³.

E acrescenta, “em menos tempo e com atividades mais interessantes poderão o advogado e seu cliente aferir ganhos em todos os sentidos a partir de uma produtiva abordagem consensual das controvérsias”¹⁸⁴

¹⁸¹ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007, p. 56.

¹⁸² TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015, p. 168.

¹⁸³ TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015, p. 169.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 169.

Por conta disso, e em prol de melhores resultados, a mediação obrigatória, somada à mudança de mentalidade, dará passos importantes em busca de um acesso efetivo à justiça e na busca pela pacificação social. Esta é a tendência. Tanto assim o é, que o próprio STJ já alterou o seu regimento para criar o Centro de Soluções Consensuais de Conflito, prestigiando, assim, a mediação¹⁸⁵.

Contudo, não é de esquecer que a mudança de mentalidade é uma das tarefas mais árduas para a concretização de uma mudança efetiva. Tanto é assim que já há, na Câmara dos Deputados, um Projeto de Lei (nº 5.495/2016) para alterar a redação do art. 334 do CPC/2015, a fim de estabelecer que a audiência não será realizada se qualquer das partes manifestar, expressamente, o seu desinteresse na composição consensual. A justificativa para esta proposição considera uma aberração realizar uma audiência em que uma das partes já se manifestou contrariamente à sua realização.

Ou seja, o que se nota é a intenção de tentar burlar a obrigatoriedade da mediação e, assim, dificultar ainda mais a mudança de mentalidade e a intenção de se buscar e tentar algo novo, criativo e que possa realmente impactar positivamente, sempre pensando em não sair da zona de conforto que estão acostumados.

Isso se verifica, também, na possibilidade cogitada por algumas pessoas¹⁸⁶, de se utilizar o art. 190, do CPC/2015, que trata dos negócios processuais, para se criar alternativas à obrigatoriedade da audiência de mediação.

Cabe, agora, analisar se “esse jeitinho brasileiro” para lidar com o novo resiste ao olhar constitucional do CPC/2015, que prima pela resolução consensual da controvérsia.

¹⁸⁵ *STJ altera regimento para prestigiar mediação e dar celeridade aos processos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-altera-regimento-para-prestigiar-media%C3%A7%C3%A3o-e-dar-celeridade-aos-processos>. Acessado em 23/10/2016.

¹⁸⁶ Por todos: MACHADO, Marcelo Pacheco. *Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acessado em 08/10/2016.

4 Flexibilização da obrigatoriedade da mediação

4.1 O modo brasileiro para mitigação da mediação obrigatória através do negócio processual

O que se têm visto na mudança de mentalidade, pode ser retratado, analogicamente, ao filme *Match Point*, de direção do Wood Allen, em que se espera para saber se a bola lançada pelo tenista, após atingir o topo da rede, vai cair de um lado ou de outro da quadra.

A bola pode cair do lado errado, se não ocorrer a mudança de mentalidade e, assim, forem criados diversos óbices à efetividade da mediação obrigatória, e tudo ficará como sempre foi, ou então a bola pode cair do lado certo, mudando a atual realidade da sociedade brasileira para um acesso efetivo à justiça.

Mas o que se vê são os profissionais do direito torcendo para que a bola caia do lado errado...

Para exemplificar esta “torcida”, podemos citar a alternativa cogitada por algumas pessoas para evitar a obrigatoriedade da audiência de mediação, onde as partes, com fundamento no artigo 190 do CPC/2015, ficam autorizadas a estipular negócios jurídicos processuais para escaparem da referida obrigatoriedade.

Cabe aqui, então, fazer uma breve análise do que são estes negócios jurídicos processuais¹⁸⁷, para, então, dizer sobre a viabilidade da alternativa mencionada por algumas pessoas, como é o caso do Enunciado nº 19, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que assim dispõe:

“19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334 (...)”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Também são chamados de convenções processuais.

¹⁸⁸ *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de

Apesar da divergência doutrinária sobre a existência dos chamados “negócios jurídicos processuais”¹⁸⁹, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha, em diversos dispositivos, sobre a sua aplicabilidade, a exemplo do pacto de distribuição do ônus da prova, cláusula de eleição de foro, convenção para suspensão do processo etc.. No entanto, todos estes pactos eram previstos em lei, ou seja, eram considerados negócios jurídicos processuais típicos.

O que aconteceu é que o CPC/2015 ampliou a possibilidade de as partes, por meio de convenção, disciplinarem sobre o processo. Com isso, o artigo 190 passou a dispor que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

O novo modelo de processo civil, portanto, possibilita que sejam criados diversos negócios jurídicos processuais não previstos em lei, sendo estes considerados atípicos.

Por essa razão, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira define negócios jurídicos processuais como um

“fato jurídico em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”¹⁹⁰.

Em breve síntese, este mesmo autor diz que negócios processuais pressupõem:

a) manifestação da vontade, sem a qual não se tem a configuração de qualquer ato jurídico; b) o autorregramento de vontade, significando o

2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acessado em 08/10/2016.

¹⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). *Negócios processuais (coleção grandes temas do novo CPC, v. 1)*. 1ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 33-37.

¹⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de doutorado de direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011, p. 137.

espaço de autonomia deixado pelo ordenamento jurídico para que os sujeitos possam escolher, dentro de amplitude variada, os tipos de atos (sentido amplo) a serem praticados e, em alguns casos, até a configuração da respectiva eficácia, representando a diferença específica dos negócios jurídicos em relação aos atos jurídicos em sentido estrito; c) a referibilidade a um procedimento, sem a qual pode até haver negócio jurídico (como sucede na eleição contratual de foro), mas ele não merecerá a adjetivação de “processual”¹⁹¹.

Apesar de parecer que este tipo de negócio processual só possa ser feito dentro do processo, Eduardo Talamini nos lembra que ele também pode ser feito antes, importando, apenas, que este ato produza efeitos processuais¹⁹².

Sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier e Ana Tereza Basílio, expõem que:

“Nesse novo contexto normativo, as partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. E, como já afirmado, poderão pactuar sobre essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, negócio jurídico de natureza processual, que vai muito além da mera eleição de foro, admitida pelo código ainda em vigor. Se, no curso ou depois de extinta a relação jurídica, houver necessidade de ir a juízo, os contratantes, agora partes, irão submeter-se a procedimento, que deverá ser processado na forma e nos moldes ali pactuados”¹⁹³.

Em razão disso, Diogo de Almeida define que “as convenções processuais são um meio de modificação do procedimento ou de disposição de direitos processuais, pelas quais as partes, antes ou depois de instaurado o litígio, fixam novas regras para os atos processuais abstratamente previstos na lei”¹⁹⁴.

Há, basicamente, duas espécies de negócios jurídicos processuais: (i) unilateral: quando um único sujeito dispõe de alguma posição processual de que era

¹⁹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Comentários ao art. 190*. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, p. 591.

¹⁹² TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, p. 1. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 08/10/2016.

¹⁹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASÍLIO, Ana Tereza. *O negócio processual: Inovação do Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>>. Acessado em: 08/10/2016.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

titular, ou; (ii) bilateral: quando as partes convencionam suas vontades¹⁹⁵.

Além disso, de acordo com o CPC/2015, o negócio processual permite que as partes atuem de duas formas: (i) para convencionar sobre as adequações no procedimento ou; (ii) para convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais¹⁹⁶.

Com base nessa breve análise, não restam dúvidas de que o artigo 334 do CPC/2015 é um negócio jurídico processual típico bilateral, na medida em que para a não realização da audiência¹⁹⁷ o autor tenha que indicar na petição inicial a sua vontade; assim como o réu, que, por meio de petição simples, também expressará sua vontade em não participar da audiência.

O que importa saber é a viabilidade da estipulação de um negócio processual atípico (não previsto em lei), preventivo, e que tenha por objetivo pactuar que, surgindo conflito entre as partes, estas, desde logo, se manifestam pela não realização da audiência de mediação, contrariando, portanto, as normas fundamentais do CPC/2015.

O primeiro raciocínio que se deve fazer é o seguinte: se as partes têm a prerrogativa de retirar do Judiciário a solução do conflito, podendo leva-lo, inclusive, à arbitragem, não há porque impedi-las de estipularem uma cláusula pela não realização da audiência de mediação, ainda que este estudo a considere como obrigatória.

Outro ponto interessante é que, por ser um negócio processual atípico, a lei não delimitou o que pode ou não ser tratado nestes negócios. Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo aponta que

“a autorização legal é atípica porque inexistente prévia estipulação das

¹⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 08/10/2016, p. 2.

¹⁹⁶ Como reconhecido no Enunciado 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais)”. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acessado em 12/10/2016.

¹⁹⁷ A audiência tratada aqui é a de conciliação, já que este estudo adota a audiência de mediação como obrigatória, aplicando a Lei de Mediação.

adequações que podem ser efetuadas no procedimento, como também não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual (quais direitos, quais ônus, quais faculdades e quais deveres poderiam ser convenionados), nem do alcance e dos limites desses negócios processuais (isto é, qual o espectro dessas disposições)¹⁹⁸.

Logo, se a lei não estipulou o que pode ou não ser tratado nos negócios processuais, o que se sobressai é a vontade das partes, sendo possível, assim, a estipulação de um negócio processual preventivo com vistas a mitigar a obrigatoriedade da mediação.

Ocorre que o CPC/2015 passou a disciplinar, logo em seu art. 3º, a solução consensual dos conflitos como norma fundamental do processo civil, passando a ser uma obrigação, e uma prioridade do Estado, a sua promoção, que deverá ser feita através dos seus principais protagonistas: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público¹⁹⁹.

O que se nota, portanto, é a tentativa de o CPC/2015 influenciar diretamente na cultura que fomenta e alimenta o litígio, como bem apontado por Fernando Gajardoni²⁰⁰.

Nesse sentido, o grupo “Mediação e Conciliação” do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO, expôs que as disposições contidas no CPC/2015 sobre mediação têm a finalidade de incentivar novos comportamentos, e que “as boas intenções do Novo CPC são nítidas, mas diversas medidas devem ser incrementadas para reduzir entraves e proporcionar uma proveitosa adoção dos meios consensuais”²⁰¹.

¹⁹⁸ GARCIA REDONDO, Bruno. *Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). *Negócios processuais (coleção grandes temas do novo CPC, v. 1)*. 1ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 274.

¹⁹⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 3º*. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, p. 61.

²⁰⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 51.

²⁰¹ *Fatores importantes para o adequado implemento da autocomposição preconizada pelo Novo CPC*.

No entanto, mesmo com a mediação sendo uma norma fundamental do processo civil, a doutrina tem entendido que a audiência poderá ser evitada caso as partes estabeleçam, antes do processo, um negócio processual. Este, por exemplo, é o entendimento de Marcelo Mazzola:

“considerando que as partes podem prever a cláusula de mediação, que inclusive deve ser respeitada pelo juiz e pelo árbitro, não vejo óbice para que ajustem uma cláusula opt out, abrindo mão do método de autocomposição, na hipótese de ação judicial decorrente do contrato. Até porque, um dos princípios sagrados da mediação é a voluntariedade (...). Além disso, tal disposição contratual pode ser considerada um negócio jurídico processual. A propósito, o artigo 190 do novo CPC estabelece que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Ora, se as partes podem dispor contratualmente sobre o procedimento da ação, a distribuição dinâmica do ônus da prova, as faculdades e os deveres processuais, elegendo até mesmo um profissional de confiança para eventual prova técnica, parece óbvio que também podem indicar desde logo seu desinteresse na realização de audiência de mediação”²⁰².

No mesmo sentido, Marcelo Pacheco Machado entende que:

“O artigo 190 do CPC e o poder geral de negociação a ele inerente, inclusive antes de o processo surgir, autoriza que as partes estipulem livremente, em negócios jurídicos civis, como contratos e declarações unilaterais de vontade, a modificação peculiar do procedimento comum, evitando-se a realização da audiência de conciliação e mediação. Trata-se da alteração do modo de ser do processo, tal como expressamente autorizada pela lei”²⁰³.

Ocorre que se o profissional do direito mantiver a mesma mentalidade adotada

O artigo foi produzido coletivamente pelos membros do Ceapro - Centro de Estudos Avançados de Processo, por meio de seu grupo "Mediação e Conciliação". Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227259,51045-Fatores+importantes+para+o+adequado+implemento+da+autocomposicao>>. Acessado em 08/10/2016.

²⁰² MAZZOLA, Marcelo. *A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>>. Acessado em: 08/10/2016.

²⁰³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acessado em 08/10/2016.

quando da vigência do Código Civil de 1973, provavelmente a conclusão que chegará é a de que a convenção processual para evitar a audiência (obrigatória) de mediação seja a melhor opção para que seu cliente tenha seu processo resolvido de forma mais célere.

Todavia, ao tratarem da importância dos profissionais do direito para as novas formas de ministrar a justiça, o Grupo de Mediação e Conciliação do CEAPRO entende que “o profissional que não atentar para a nova realidade que aos poucos se insinua, além de amargar o gosto de não ser protagonista de novas atuações, correrá o risco de ficar à margem de importantes movimentos”²⁰⁴.

Por esta razão, não parece ser razoável uma estipulação contratual deste tipo, até porque os profissionais do direito, ao se basearem na mudança de mentalidade, devem tirar conclusões diversas das que estavam acostumados até então. E a ideia para isso é simples: não há como caminhar para frente mirando no retrovisor.

Além disso, este negócio jurídico processual pode ensejar uma série de dificuldades em sua aplicação, como as que serão analisadas a seguir.

4.2 Riscos de um negócio processual contrário à mediação

Apesar de ser possível a estipulação de um negócio jurídico processual para evitar a audiência de mediação, tal convenção pode ensejar uma série de questionamentos e/ou dificuldades.

A primeira dificuldade, como já estudado anteriormente, é que uma convenção deste tipo, como bem expõe Marcelo Mazzola, “caminha em rota de colisão frontal com as normas fundamentais do processo civil (art. 3º, § 2º e § 3º, do CPC)”²⁰⁵.

²⁰⁴ *Fatores importantes para o adequado implemento da autocomposição preconizada pelo Novo CPC.* O artigo foi produzido coletivamente pelos membros do Ceapro - Centro de Estudos Avançados de Processo, por meio de seu grupo "Mediação e Conciliação". Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227259,51045-Fatores+importantes+para+o+adequado+implemento+da+autocomposicao>>. Acessado em 08/10/2016.

²⁰⁵ Embora o autor entenda ser possível um negócio processual para abrir mão do método de autocomposição, ele entende que, na prática, terá eficácia limitada. MAZZOLA, Marcelo. *A cláusula*

Assim, por exemplo, no caso de uma empresa, não é de bom-tom estipular um negócio processual com vistas a se afastar dos métodos consensuais de resolução de conflito, uma vez que certamente isso será prejudicial à sua imagem (tanto em relação à sociedade, como em relação ao Poder Judiciário).

A segunda dificuldade diz respeito a inclusão do negócio processual em um contrato de adesão.

Isso porque, o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 determina que de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Assim, se o juiz tiver dúvida sobre a abusividade do negócio processual, terá que intimar o réu para se manifestar, caindo por terra o pensamento de que evitar a audiência de mediação otimizará o tempo do processo, uma vez que o controle do negócio pode ensejar uma demora maior, na medida em que o juiz analisará o que ali foi estipulado.

Vale lembrar que não é vedado estabelecer um negócio processual em um contrato de adesão²⁰⁶; o que pode acontecer é esta convenção vir a ser questionada judicialmente.

Em sendo questionada, a decisão que negar a validade ou a eficácia do negócio processual é passível de recurso, embora não se tenha previsto expressamente qual o recurso cabível, à exceção da decisão que recusar a aplicação da convenção arbitral,

opt out de mediação à luz do novo CPC. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>>. Acessado em: 09/10/2016.

²⁰⁶ Nesse sentido, Eduardo Talamini: “O juiz não aplicará o negócio processual se ele estiver inserido abusivamente em um contrato de adesão (CPC/15, art. 190, par. ún.). Contrato de adesão é aquele que uma parte impõe em bloco à outra, cabendo a essa apenas aceitá-lo ou recusá-lo como um todo, sem margem para a discussão individualizada de suas cláusulas. Mas isso não significa que não possa jamais estabelecer-se um negócio processual no bojo de um contrato de adesão. Ele será válido e eficaz, desde que não configure uma situação abusiva, de enfraquecimento processual da parte que adere ao contrato”. TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, p. 5. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 12/10/2016.

que é passível de agravo de instrumento - conforme o inciso III, do artigo 1.015 do CPC/2015 –.

Nos demais casos, como bem demonstrado por Eduardo Talamini,

“cabará à parte interessada rediscutir a questão como preliminar de eventual apelação contra a sentença (art. 1.009, §§ 1º e 2º). Não é viável ampliar o elenco de hipóteses de recorribilidade da interlocutória. Havendo situação grave e urgente, que não possa aguardar eventual e futura apelação, o remédio será o emprego do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 5º, II, a contrario sensu)”²⁰⁷.

Assim, quando as partes estipularem um negócio processual para evitar a audiência de mediação, provavelmente o farão com o objetivo de acelerar o procedimento inicial, pois como apontado por Marcelo Pacheco Machado, este procedimento, no mundo real, causará um “entreve à efetividade e à razoável duração do processo”²⁰⁸, todavia, este tipo de negócio processual pode retardar o processo, uma vez que sua aplicação não será de forma automática, podendo o juiz controlar a validade das convenções, sendo esta decisão passível de recurso.

Vale dizer, também, que mesmo quando não se tratar de contrato de adesão, o juiz deve aferir se uma parte não se prevaleceu da “manifesta situação de vulnerabilidade” da outra, o que pode ensejar as mesmas dificuldades de aplicação do negócio processual, tendo o juiz que controlar a sua aplicabilidade, o que pode gerar maior demora no processo²⁰⁹.

Outra dificuldade encontrada para uma convenção processual contrária à mediação foi a apresentada por Marcelo Mazzola, que assim destacou:

“durante o lapso temporal entre a data de assinatura do contrato e o ajuizamento da ação, as partes e seus advogados, que não são

²⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, p. 7. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 08/10/2016.

²⁰⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acessado em 08/10/2016.

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, p. 5. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 08/10/2016.

necessariamente os mesmos da época da celebração do instrumento, podem ter reavaliado o assunto e mudado de opinião”²¹⁰.

Dessa forma, um instituto como o negócio processual, que têm chamado (e muito) a atenção dos estudiosos, por sua ampla possibilidade de flexibilização procedimental, não pode colocar em xeque um rico e promissor instituto para a mudança da forma de se ministrar a justiça, como é a mediação, fazendo com que os profissionais se afugentem de tal prática por meio de convenções.

Ou seja, uma inovação do CPC/2015 (maior amplitude do negócio processual) não deve tornar outra (mediação) um insucesso.

²¹⁰ MAZZOLA, Marcelo. *A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>>. Acessado em: 09/10/2016.

5 Considerações finais

O ano de 2015 teve 102 milhões de processos em tramitação, segundo o relatório Justiça em Números 2016, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Estatisticamente, isso significa uma grande explosão da litigiosidade no país, uma vez que se for levado em conta que para cada processo há, ao menos, um autor e um réu, toda a população brasileira está em conflito.

É evidente que, sob uma perspectiva positiva, estes dados demonstram que, após a Constituição Federal de 1988, que possibilitou o acesso à justiça, as pessoas passaram a saber e exigir os seus direitos, na mesma oportunidade em que o Judiciário ganhou grande credibilidade na solução dos conflitos por parte das pessoas.

Todavia, estas estatísticas também demonstram lados negativos, tais como: a morosidade do Judiciário; o excesso de processos, que traz como consequência o não enfrentamento, pelo Judiciário, das questões que geraram o conflito, entendendo que o seu dever se restringe à simples prolação de uma decisão; as partes congestionam o sistema com problemas que poderiam ser resolvidos de outra forma etc..

Ou seja, o acesso à justiça gerou um paradoxo: ao mesmo tempo em que as pessoas conseguem exigir seus direitos judicialmente, tais conflitos não são resolvidos de forma efetiva, na medida em que o Estado não se preocupa com os ânimos dos litigantes depois do litígio, acabando por gerar um descrédito, por parte da sociedade, no Judiciário. A sociedade precisa ter em mente que a judicialização dos conflitos não deve ser algo natural na solução dos problemas, podendo, determinadas questões, serem resolvidas amigavelmente.

É necessário, portanto, que as pessoas passem a reconhecer outras formas para a solução dos conflitos, como é o caso da mediação.

A mediação é um importante instrumento para os casos em que há um vínculo anterior entre as partes, na medida em que uma terceira pessoa (mediador) auxiliará as partes a compreenderem os interesses que estão em conflito, de modo que elas possam resolver, por si próprias, a controvérsia, gerando, com isso, um ganho mútuo.

Nesse sentido, o legislador andou muito bem ao incentivar o uso da mediação

no país, mesmo que em alguns momentos as legislações sejam conflitantes, como é o caso da audiência, em relação à sua obrigatoriedade.

Assim, e até para que as pessoas passem a aceitar a mediação como um método eficiente de solução de conflitos, é que se conclui que a melhor interpretação é a de que a Lei de Mediação é que deve ser aplicada, uma vez que, além de prevalecer em relação ao critério especial e cronológico, não dispensa a audiência.

É evidente que os argumentos contrários à essa interpretação, tais como o de que a obrigatoriedade contraria o próprio princípio da mediação – autonomia da vontade – são bem pertinentes.

Todavia, a sociedade precisa de um exercício de reflexão que ajude a repensar, a ter um choque de criatividade sobre o modo de lidar com o conflito, uma vez que as circunstâncias assim determinam. O atual cenário pode ser comparado a uma viagem, em que estamos atrasados, mas com pressa, e que temos, antes de sair de casa, que analisar onde estamos, onde queremos chegar e como devemos percorrer o caminho. Ou seja, precisamos de um olhar no passado, mas que foque no futuro.

E, assim, neste primeiro momento, é que se conclui ser preferível que a audiência de mediação seja obrigatória. Essa conclusão leva em conta que a obrigatoriedade é um importante passo para se construir uma mudança de mentalidade na sociedade e na comunidade jurídica, uma vez que a sua voluntariedade pode ensejar uma baixa adesão a este método de solução de conflitos, em vista da dificuldade que as pessoas têm para sair da zona de conforto.

Além do mais, a obrigatoriedade fará com que, ao longo do tempo, cresça o seu uso voluntário, fazendo com que os próprios advogados passem a recomendar estas práticas aos seus clientes. No mesmo sentido, a mediação obrigatória evitará que uma das partes demonstre “fraqueza” em relação a outra por ter escolhido a mediação como forma de se resolver o conflito. Ademais, mesmo que as partes não estejam, ainda que inicialmente, dispostas a negociar, a mediação melhorará o relacionamento futuro (ou, ao menos, tentará com que isso aconteça).

Como conclusão ao trabalho, uma das alternativas sugeridas, que, por sinal, até pode ser polêmica, é enxergar o princípio da autonomia da vontade sob o viés da continuidade das sessões de mediação. Ou seja, a primeira audiência passa a ser

obrigatória, sendo facultado às partes a sua continuidade.

Nessa perspectiva, portanto, o princípio da autonomia da vontade precisa ser visto como a possibilidade que as pessoas têm para decidir se haverá mais sessões de mediação.

É sabido que ninguém, em momento algum da vida, tem a oportunidade de causar uma segunda boa impressão. Por isso, é forçoso reconhecer que para que esta obrigatoriedade seja efetiva, deve haver uma adequada estrutura do Poder Judiciário. Aliado a isto, os próprios mediadores devem ser capacitados e preparados para que façam a triagem dos casos, com a finalidade de dar o encaminhamento adequado, uma vez que eles serão os primeiros a influenciar o pensamento das pessoas em se adotar uma nova cultura: a de que a mediação é um excelente instrumento para a solução dos conflitos, pois abordará as questões passadas, visando solucionar, também, possíveis conflitos no futuro.

O contrário, certamente, exporá a mediação como algo sem utilidade, inefetivo e sem potencial para se resolver o conflito, o que desacreditará o próprio instrumento.

Não obstante isso, este também é um momento de se ter humildade para abrir espaços para revisões. Nesse sentido, quem sabe num futuro próximo as pessoas já se conscientizem de que o conflito não precisa passar, necessariamente, pelo Judiciário, e, assim, deixe de ser necessária a obrigatoriedade da mediação. Nada impede, também, que neste tempo em que se “testa” a obrigatoriedade como forma de mudar a mentalidade das pessoas, se abra espaço para ouvi-las, evitando a incidência dos mesmos erros quando da instituição da conciliação no Código de Processo Civil de 1973.

Ou seja, a partir da experiência em se utilizar a mediação de forma obrigatória é que poderá ser feito o controle sobre a sua efetividade na forma de se resolver os conflitos.

Ao mesmo tempo em que a obrigatoriedade da mediação é um importante instrumento para que o seu uso seja mais aceito pelas pessoas, surge a necessidade de uma mudança por parte da comunidade jurídica e, também, por parte das pessoas em incentivar este método.

Para isto, é necessário que, antes de tudo, esta mudança ocorra na academia. Os estudantes de direito precisam mudar a atual visão, que é voltada exclusivamente ao embate processual (contencioso). No momento em que os alunos passem a vivenciar, na sua formação acadêmica, novos métodos de solução de conflito, estes estudantes, futuros profissionais do direito, passarão a contribuir de forma determinante para uma mudança de mentalidade que vise a solução efetiva do problema existente entre as partes.

Isso fará com que se crie um novo perfil de profissional do direito: tanto pelos advogados, que oferecerão aos seus clientes a possibilidade de soluções mais qualificadas aos seus conflitos, eis que serão construídas pelos próprios envolvidos, potencializando as chances de se alcançar benefícios mútuos, quanto pelos próprios magistrados, que, ao invés de “encerrar” o conflito por uma decisão, efetivamente o resolverá, por meio da mediação.

Como consequência, a própria sociedade, agora incentivada pela comunidade jurídica, ficará mais aberta ao diálogo, pressupondo maiores possibilidades de a mediação ganhar o destaque que se espera.

Por essa razão, ainda que seja possível estabelecer um negócio processual para evitar a obrigatoriedade da mediação, vez que estarão presentes todos os requisitos para a sua instituição, não é recomendável a sua existência, pois, como visto no decorrer deste estudo, afrontará as normas fundamentais do CPC/2015, indo, também, na contramão das atuais legislações.

Assim, a obrigatoriedade da mediação reserva inúmeros estudos e acompanhamentos. Entretanto, a forma como foi instituída no Brasil e o modo como ela será usada será fundamental para indicar o seu sucesso ou o seu fracasso.

No final das contas, a grande verdade é que estamos na direção certa, ainda que não na velocidade desejada, sendo que a iniciativa legislativa já foi um importante passo para que as pessoas se conscientizem sobre a importância da mediação, devendo, agora, haver uma remodelação no modo de pensar a solução dos conflitos.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015.

_____ ; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, J. E. Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo, ano 21, n. 84, p. 175-199, out./dez., 1996.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação – Um instrumento judicial para a paz social. Revista do Advogado, v. 26, n. 87, set. 2006.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acessado em 29/10/2016.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; BURIL, L; PEIXOTO, R.. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada: Parte Geral. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. 2003. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. In: DIAS, Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). Escritos de Direito de Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. Marco legal da mediação: Lei 13.140/2015: Comentários iniciais à luz da prática brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, São Paulo, vol. 12, n. 47, p. 259-275, out./dez. 2015.

CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT.

_____; FARINELLI, Alisson. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. *Revista de Processo*, Brasília, ano 2014, n. 56, out.-dez. 1989.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 3º. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acessado em 03/08/2016.

_____. *Metas 2016*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/met-as/met-as-2016>>. Acessado em 03/08/2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). *Negócios processuais (coleção grandes temas do novo CPC, v. 1)*. 1ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2015, v. 1.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, Ed. RT, 1987.

_____. *Instituições de direito processual civil: volume I – 8, ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil*. – São Paulo: Malheiros, 2016.

_____ ; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral no novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acessado em 19/09/2016.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>> Acessado em 08/10/2016.

FATORES IMPORTANTES PARA O ADEQUADO IMPLEMENTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO PRECONIZADA PELO NOVO CPC. O artigo foi produzido coletivamente pelos membros do Ceapro - Centro de Estudos Avançados de Processo, por meio de seu grupo "Mediação e Conciliação". Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227259,51045-Fatores+importantes+para+o+adequado+implemento+da+autocomposicao>> Acessado em 08/10/2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: vale a pena apostar na conciliação/mediação? Disponível em <<http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>>. Acessado em 01/10/2016.

_____ ; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015.

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos . Da mediação e da conciliação na definição do novo código de processo civil: artigo 165. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA REDONDO, Bruno. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). Negócios processuais (coleção grandes temas do novo CPC, v. 1). 1ed.Salvador - BA: JusPodivm, 2015, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. 1ed.Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual dos MESC's: meios extrajudiciais de solução de conflitos – Barueri, SP: Manole, 2016.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. pg. 42. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf> Acessado em 18/10/2016.

KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>> acessado em 08/10/2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Plano Piloto de Conciliação em 2º grau de jurisdição do E. Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, 9. 11-49, fev. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássica à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>> acessado em 03.09.2016.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, jan.-mar. 2003.

MAZZOLA, Marcelo. A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>. Acessado em: 08/10/2016.

_____. Mediação e direito intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 46. ano 12. p. 209-225. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A linguagem forense. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0Al/a-linguagem-forense>. Acessado em: 31/08/2016.

NALINI, José Renato. A rebelião da toga. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao art. 190. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese de doutorado de direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

PAUMGARTTEN, Michele Paumgarten; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Joaquim de Paiva Muniz; Fabiane Verçosa; Fernanda Medina Pantoja; Diogo de Assumpção Rezende de Almeida. (Org.). Arbitragem e Mediação. 01ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.

PELUSO, Cezar. Mediação e conciliação. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p. 16, jul.-set.2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 190, p. 219-235, abr./jun. 2011.

_____. A mediação e o Código de Processo Civil projetado. Revista de Processo, v. 207, p. 213-238, 2012.

_____; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Interesse Público [Recurso Eletrônico], São Paulo, v. 16, n. 87, set./out. 2014.

_____. DURCO, Karol. A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos-nacionais>> acessado em 04/10/2016.

RELATÓRIO ICJ BRASIL. 1º trimestre/2014 – 4º trimestre/2014: Ano 06. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%c3%b3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em 03/08/2016.

RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; LIBARDONI, Carolina Uzeda. Algumas observações sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no novo CPC. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015.

RODOVALHO, Thiago. Mediação Obrigatória?. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>> Acessado em 22/09/2016.

_____. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acessado em 04/10/2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007.

_____. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos A. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Org.). Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri; VERAS, Cristiana Vianna; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. Independência e imparcialidade: princípios fundamentais da mediação. A mediação no novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, Mariana Freitas de; PIMENTEL, Wilson. O novo CPC e sua dose de regulamentação dos mecanismos alternativos de solução de disputas. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

_____ ; WÜST, Caroline. Mediação comunitária como política pública eficaz e pacífica de tratamento de conflitos. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10869/1401> acessado em 19/08/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acordo bem-sucedido inaugura esforço do STJ pela mediação.* Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/Acordo-bem-sucedido-inaugura-esforço-do-STJ-pela-mediação>. Acessado em 03/10/2016.

_____. *Julgamento de ADIs que questionam normas sobre conciliação prévia em causas trabalhistas é suspenso.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70801>> acessado em 30/09/2016.

_____. *STJ altera regimento para prestigiar mediação e dar celeridade aos processos.* Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias>

/Not%C3%ADcias/STJ-altera-regimento-para-prestigar-media%C3%A7%C3%A3o-e-dar-celeridade-aos-processos>. Acessado em 23/10/2016.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acessado em 08/10/2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. -2. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

_____. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buril de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias. 1ed.Salvador: Juspodvum, 2015.

_____. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Comentários ao art. 165. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT.

_____; BORTOLAI, Luís Henrique. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações. *Civil Procedure Review* , v. 6, 2015.

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. *Revista Jus Navigandi* ano 10. n. 879. 29. Teresina, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585/breve-estudo-das-antinomias-ou-lacunas-de-conflito>> acessado em 20/09/2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASÍLIO, Ana Teresa. O negócio processual: Inovação do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>>. Acessado em: 08/10/2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL,

Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Modalidade de mediação, in CJF. Mediação: um projeto inovador (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003, pp. 42/50.