

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO UMA FORMA EFICAZ DE JUSTIÇA

Rayanny Correa Borges¹
2

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar a conciliação e mediação. A mediação de conflitos vem sendo uma importante ferramenta usada pelo judiciário, e vem ganhando um notório espaço principalmente a partir do novo código civil de 2015, com o principal objetivo de pacificação social. A Conciliação e a Mediação são formas facilitadoras para a resolução de conflitos ao qual tem um terceiro envolvido sendo este o conciliador/mediador sendo essa pessoa neutra e imparcial na causa, ele irá buscar através de forma equilibrada o diálogo e bom senso entre as partes para que se entendam e cheguem em um melhor acordo que fique bom para ambas que os satisfaçam. Sabe-se que a conciliação e mediação, como forma de solucionar conflitos vem crescendo na justiça e tendo Institutos para essa atividade. Os métodos consensuais ou alternativos de solução de conflitos não podem ser visto apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo “alternativo” utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Justiça. Conflitos. Mediação.

ABSTRACT

This study aims to address conciliation and mediation. Conflict mediation has been an important tool used by the judiciary, and it has gained a notable space, especially since the new 2015 civil code, with the main objective of social pacification. Conciliation and Mediation are facilitators for the resolution of conflicts to which a third party is involved, this being the conciliator / mediator being that neutral and impartial person in the cause, he will seek through a balanced way the dialogue and common sense between the parties to that they understand each other and reach a better agreement that is good for both that satisfy them. It is known that conciliation and mediation, as a way of resolving conflicts, has been growing in the courts and having Institutes for this activity. Consensual or alternative methods of conflict resolution cannot be seen only as means or methods practiced outside the Judiciary, as suggested by the adjective “alternative” used to qualify them, but they must also be seen as important instruments, available to the Power Judiciary.

Keywords: Justice. Conflicts. Mediation.

¹Aluna do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal de Mato Grosso.
2

1 INTRODUÇÃO

A sede de justiça que incita o homem a realizar o ideal de sociedade dos seus sonhos, lança-o num ímpeto entusiasta de perseguição por um mundo melhor, podendo para isso ultrapassar tudo o que lhe for oposto como obstáculo: *fiat justitia, pereat mundus*. Assim, o homem moderno redirecionou a sua fé à razão com o objetivo de conquistar autonomia e aprimorar o conhecimento.

Juridicamente, redirecionou o pensamento que se desenvolvia sob o manto da tradição ao alcance de uma justiça que pudesse atender às leis da própria razão e que não estivesse sujeita às contingências dos acontecimentos históricos. A sociedade medieval era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada qual dispoñdo de um ordenamento jurídico próprio.

O direito era considerado um fenômeno social, ainda não estatal, mas produzido pela própria sociedade. Com a formação do Estado moderno, este passa a concentrar em si todos os poderes, em primeiro lugar, de criação dos direitos, depois, de solucionar os conflitos advindos da violação destes direitos. Nesta fase, o Estado não se contentava em concorrer para a criação, mas deveria ser o único a estabelecer o direito.

No Estado primitivo não havia preocupação em produzir normas jurídicas, o que ficava ao encargo da sociedade, e ao árbitro, a quem era confiado dirimir as controvérsias, cabia eventualmente fixar a regra a ser aplicada aos casos que lhe eram apresentados. No Estado moderno o juiz deixa de ser um órgão livre da sociedade para se tornar um órgão do Estado, que o transforma num titular de poderes estatais a quem cabe à resolução das controvérsias segundo as regras emanadas do órgão legislativo.

Uma reflexão sobre a complexidade da sociedade atual, especialmente sobre a origem e as dificuldades que emergem dos conflitos sociais, parece conduzir a que se constate que o processo de globalização - que em tese deveria reduzir as distâncias geográficas e sociais - multiplica e constrói uma situação extremamente cruel e perversa que ameaça não só a qualidade, mas a própria vida dos indivíduos e da coletividade.

A mediação de conflitos vem sendo uma importante ferramenta usada pelo judiciário, e vem ganhando um notório espaço principalmente a partir do novo código civil de 2015, com o principal objetivo de pacificação social.

A Conciliação e a Mediação são formas facilitadoras para a resolução de conflitos ao qual tem um terceiro envolvido sendo este o conciliador/mediador sendo essa pessoa neutra e

imparcial na causa, ele irá buscar através de forma equilibrada o diálogo e bom senso entre as partes para que se entendam e cheguem em um melhor acordo que fique bom para ambas que os satisfaçam.

Sabe-se que a conciliação e mediação, como forma de solucionar conflitos vem crescendo na justiça e tendo Institutos para essa atividade. É possível através da condução efetiva do processo pelo juiz e da utilização de modelo de unidade judiciária, responsável não só pelo trabalho com os métodos consensuais de solução de conflitos, mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que conduzem à pacificação social, com o abrandamento da morosidade da justiça, a diminuição do número de processos e de seus custos, como consequências reflexas.

Com o novo CPC, as audiências de mediação e conciliação estarão recebendo uma atenção maior pelo magistrado. Muitas das vezes essa audiência não vinha sendo realizadas por desinteresse das partes, ou até mesmo pelo pouco interesse do magistrado com pouco empenho para uma proposta de solução consensual do litígio, que acabava se prolongando por anos um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para as partes envolvidas e interessadas.

2 DA CONCEPÇÃO DA JUSTIÇA E OS CONFLITOS

Ao longo da história, o termo justiça assumiu diferentes acepções e também foi concebido sob diferentes perspectivas. A sua compreensão esbarra nos limites intocáveis em que a cultura se cria, devendo-se ter em conta que uma teoria da justiça não pode se colocar a margem dos conflitos morais e políticos originados na sociedade em virtude do seu próprio desenvolvimento.

Objetivando assegurar a concretização de direitos e garantias constitucionais, o novo Código de Processo Civil inovou ao positivizar valores e princípios estampados na Carta Magna.

A cultura jurídica contemporânea expressa-se por meio de uma concepção normativista do Direito, cuja identidade encontra-se em crise, decorrente dos excessos da razão instrumental, reduzindo-se a uma aplicação lógico-mecânica, o que contribui no fortalecimento de um único sentido para os mecanismos de produção e circulação da lei. Clama-se, nesse sentido, pela humanização do Direito e pela ética da outridade na construção de um espaço de reconhecimento do outro e, por conseguinte, de um novo conceito de justiça.

O movimento pela justiça coexistencial e pela solução consensual de conflitos segue a filosofia de justiça desenvolvida entre os gregos, ou seja, a justiça que deve expressar um modo de viver em harmonia, contradizendo o modelo adversarial de solução de conflitos sedimentado na via jurisdicional.³

A contribuição da filosofia pré-socrática voltou-se eminentemente à perquirição em torno da natureza do ser enquanto ente imerso numa estrutura natural composta pelos elementos essenciais do mundo físico. No pensamento socrático, o homem é situado numa contextualização sociopolítico e cultural, exigindo novos esforços para seu autoconhecimento. Com Sócrates opera-se a passagem do pensamento cosmológico ao antropológico, deixando de se especular sobre a natureza.

Os interesses voltavam-se naquele momento, à consolidação de uma cidade-estado bem estruturada e harmônica em todas as relações com seus cidadãos, revelando as grandes transformações que o núcleo político grego viveu durante os séculos de sua formação. Em meio às demais doutrinas que afluíam no seio da cidade-estado, o pensamento socrático passou a representar o sobrepujamento do pensamento sobre o que há de humano no homem.

É desta forma que essa filosofia inspiradora de toda uma corrente do pensamento que se desenvolveu até Aristóteles, entrelaça-se a um conjunto de preocupações de cunho ético que passam a permear as investigações político-sociais, assim como a necessidade de depuração lógico-semântica da linguagem, por meio de uma produção discursiva das ideias.⁴

Quando a investigação se volta para a questão da justiça, termo que, como já ressaltado, comporta inúmeras acepções linguísticas, valorações históricas e significações filosóficas, faz-se mister o desenvolvimento de uma análise prévia do modo de vida que se desenvolveu na Grécia durante os séculos V e IV a.C.

As peculiaridades da civilização grega na Antiguidade e a linha de pensamento iniciada por Sócrates determinaram o estudo da questão da justiça tanto no âmbito DO fenômeno, quanto uma ideia capturada pelo adágio humano interligado ao conjunto de valorações construídas num contexto preciso. Afinal, estudar o conceito de justiça, situando-a num contexto filosófico, desmerecendo-se a conjuntura em que se desenvolveu e suas influências, é o mesmo que desvinculá-la de sua razão de ser.

As escolas aristotélica, socrática e platônica entrelaçam-se temporal e logicamente de maneira a serem concebidas como um arcabouço teórico indissociável um do outro. Para estas

³MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Mediação nas Comunidades e nas Instituições*. – Niterói: PPGSD - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014, p. 41.

⁴BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 12

escolas, mais antigas e tradicionais, a igualdade seria o direito natural fundamental, base de uma concepção de justiça, seja entre os indivíduos (justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (justiça distributiva), mas em ambas as situações o fim último seria corrigir as desigualdades naturais ou sociais entre os homens.⁵

A crise da jurisdição que afeta nos dias atuais vários países não se restringe apenas à quantidade exorbitante de processos que tramitam pelos tribunais, mas associado a isso, frustra a sociedade a deficiência jurisdicional cada vez maior em corrigir as desigualdades através da decisão que não raras vezes, provoca até mesmo o aprofundamento do desequilíbrio entre as partes.⁶

Alguns séculos depois, para as correntes filosóficas modernas capitaneadas por Kant, não bastava que um ideal de direito fosse erigido apenas sob os pilares da ordem e da igualdade (numa sociedade de escravos, por exemplo, todos também seriam iguais segundo Kant), pois para que a justiça brilhe com toda a luz, é necessário que os membros da associação usufruam a mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação.⁷

A liberdade passa então, a ser o novo elemento integrante da concepção de justiça. O processo de erosão das estruturas sociais demandava uma nova gama de valores para a sua sustentação diante da ameaça de instalação de um processo de desagregação do todo social.

A “cultura do acordo” traduz os discursos recentes no Brasil para se justificar o investimento realizado pelo Judiciário na promoção da conciliação e da mediação judiciais como formas de acesso à justiça.

No entanto, nem o contrato social, nem o arcabouço jurídico normativo são suficientes para garantir a paz social, já que nem sempre ocorre o cumprimento espontâneo das regras jurídicas. Quando um indivíduo é titular de um direito garantido por uma norma jurídica, ele pode agir na sociedade sem que algo ou alguém o impeça, mas poderá enfrentar obstáculos na realização do seu direito, seja por conta da resistência imposta por outrem ou por barreiras contidas na própria norma.

O conflito surge quando há o descumprimento da norma, provocando a ruptura do tecido social, que poderá, contudo, ser resolvido de modo adequado para a retomada da

⁵BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 15.

⁶CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18756/marcelo_cabral.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

⁷BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 118.

estabilidade social, ou poderá se perpetuar no tempo, por desinteresse ou pela utilização de métodos inadequados em sua resolução.

Uma ação conflituosa denota o confronto de vontades e forças entre dois seres ou grupos, direcionadas a determinados objetivos, logo, o conflito é resultado de uma divergência de interesses em que as partes se enfrentarão de forma hostil, e em alguns casos, lançando mão da violência a fim de aniquilar um dos contendores para lhe garantir a vitória sobre o bem em disputa. Numa acepção estrita, constitui-se uma categoria distinta do comportamento social onde duas partes ou grupos se enfrentam para a manutenção de um direito. De fato, a palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, contraposição de ideias.⁸

Certamente não se deseja estar em conflito, mas será que ele é dotado apenas de força negativa? Obviamente as consequências do conflito serão apuradas pela forma como são enfrentados e conduzidos os interesses introduzidos nestes enfrentamentos e em suas manifestações, podendo gerar até o aprofundamento de um relacionamento e não a ausência dele, portanto, o conflito também poderá proporcionar conhecimento e evolução.

A maneira como se administra o conflito pode determinar consequências destrutivas, mas o conflito em si, como parte da dinâmica natural, é construtivo. A teoria do conflito demanda a identificação de algumas condições importantes para a sua existência. Primeiramente deve existir uma oposição de interesses entre pelo menos duas partes. O conflito nascerá a partir da prática de uma ação incompatível com outra, gerando um bloqueio que consolidará uma situação de competição na qual, mesmo que cada parte tenha conhecimento da diferença potencial das futuras posições, almeja ocupar a posição que é contraditória à vontade do outro, rompendo-lhe a resistência na expectativa de impor a sua solução, gerando um círculo vicioso.⁹

Essa interação conflituosa é voluntária, há a vontade explícita de prejudicar, afirmar um direito sobre o outro ou desejar o que está em poder do outro, através de violência física ou psíquica, enfim, uma maneira de impor um discurso sem necessariamente utilizar-se de argumentos racionais, denotando a inexistência clara de um diálogo.

⁸PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC e a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Curitiba: Juruá, 2017, p. 88.

⁹BOLZAN DE MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem*. Alternativas à jurisdição. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

3 DA MEDIAÇÃO

Inicialmente os conflitos eram solucionados através das relações religiosas, posteriormente, o próprio homem resolve suas controvérsias através da autotutela, utilizando a força e prevalecendo o mais forte, para então, evoluir com a autocomposição, que ocorre quando as partes envolvidas em um conflito chegam de comum acordo a uma solução que entendam adequada, e com os costumes, constituindo as primeiras leis.

É notório, que desde as sociedades primitivas, o homem apresenta a necessidade de regras para a inserção nos grupos sociais por ele mesmo criado, e com isso houve o surgimento de regras/normas de condutas por estes adotadas, surgindo assim o Direito.

Com o surgimento do Estado, nasceu também a atividade jurisdicional, que consiste no poder de dirimir conflitos de interesses, aplicando-se ao caso concreto a regra abstratamente prevista, cujo monopólio passou a ser exercido pelo poder estatal, ou seja, o Estado tomou para si o poder de resolução dos conflitos existentes entre os particulares.

Mediação vem do latim *mediare* e significa dividir ao meio, “repartir em duas partes iguais. Ficar no meio de dois pontos. Mediar como ação, como verbo, sempre deu a ideia de que quem o fazia dividia em partes iguais ganhos e perdas”.¹⁰

A mediação é uma forma de autocomposição onde um terceiro, livremente escolhido pelas partes, auxilia/facilita a construção de uma resposta para a disputa entre elas. O mediador não tem qualquer poder de decisão, mas busca obter a pacificação entre as partes, as quais, na mediação, não são vistas como adversárias ou litigantes.

A palavra mediador foi usada pela primeira vez por Justiniano, em substituição a *proxenetas* (*proxenetae*), que eram os mediadores que atuavam nas províncias. A mediação é um instituto bem antigo; sua existência remonta os idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades – Estados.¹¹

O direito romano já previa o procedimento *in iure* e o *in iudicio*, que significam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo. No antigo ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim, como regra de mera cortesia.

¹⁰CACHAPUZ, Rozane da Rocha. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23.

¹¹Ibidem, p. 23.

Na China antiga, a mediação é empregada já há muito tempo para solucionar as dissensões entre a população daquela época. Nos dias atuais, a China já formou dezena de milhares de mediadores que atuam até mesmo em escolas.

A mediação se desenvolveu especialmente nos Estados Unidos,

A partir do início da década de 70, onde os casos de divórcio, antes de irem parar na justiça, precisam passar pela mediação em busca de soluções, na tentativa de salvar a família; também em questões relacionadas a desabrigados; disputa entre cidadãos e a polícia; queixas criminais; disputas entre proprietários de casas de repouso e berçários.¹²

Não é de hoje que a legislação, fazendo coro às necessidades do cidadão, estabelece medidas alternativas para a solução dos conflitos. A justiça conciliatória era a regra durante o Império, conforme previsão do art. 161 da Constituição de 1824.

A conciliação também tinha previsão no Regulamento 737 e na Consolidação de Ribas. Ocorre que, com o advento do CPC de 1939, cuja concepção sabidamente foi autoritária, o espaço para tal espécie de solução de conflitos foi deixado de lado, somente ganhando corpo novamente quando da entrada em vigor do CPC de 1973, ao estabelecer a conciliação como etapa da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do CPC).

Ainda, com a vinda da Constituição Cidadã, ao estimular a criação de juizados especiais, e a consequente Lei 9.099/95, reforçou-se a ideia da conciliação. Também assim, no que diz com a reforma processual de 1994, com a Lei 8.952, que impôs ao juiz o dever de tentar conciliar as partes em qualquer fase do processo (art. 125, IV, do CPC), bem como instituiu audiência para tal finalidade (art. 331 do CPC), denominada “audiência de conciliação”, posteriormente alterada para “audiência preliminar” segundo o disposto pela Lei 10.444/02.¹³

Nesse norte, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implantou no ano de 2006, o Movimento pela Conciliação, buscando uma forma alternativa na composição dos litígios, a fim de modificar a cultura da litigiosidade e solicitar a perquirição de soluções para os conflitos através da construção de acordos.¹⁴

¹²CACHAPUZ, Rozane da Rocha. Op. Cit., p. 24.

¹³TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Procedimento Comum - Da Petição Inicial à Sentença - À Luz do Novo Código de Processo Civil - Coleção Inovações no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 43.

¹⁴BRASIL, República Federativa do. Conselho Nacional de Justiça. *Movimento pela conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/265-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/movimento-pela-conciliacao>. Acesso em: 30 maio 2021.

Em 2007, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, Ministra Ellen Gracie Northfleet, divulgou artigo intitulado “Conversar faz diferença”, onde apontou que “uma Justiça mais acessível, efetiva, simples e informal é o que deseja a população brasileira.

A adoção da conciliação tem se revelado fórmula hábil para atender a esse anseio. Prosseguiu, afirmando ser indispensável divulgar a existência de uma maneira nova de resolver as querelas. Sentar para conversar, antes ou depois de proposta uma ação judicial, pode fazer toda a diferença.¹⁵

Também assim, a partir de 2010, o CNJ lançou o prêmio conciliar é legal, que além de homenagear magistrados e servidores das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, “também passou a reconhecer, na edição de 2012, as práticas jurídicas nas faculdades de Direito e na sociedade civil organizada que contribuam para a pacificação social”.¹⁶

Houve, ainda, uma gama de novas ideias legislativas no sentido de estabelecer soluções alternativas de resolução de conflitos, sobrevivendo, finalmente, o novo CPC, que se alinha com a tendência mundial em tal forma de composição.

A mediação não tem como objeto principal a obtenção de um acordo entre as partes, o que ocorre na conciliação; o acordo é consequência do processo de entendimento e de construção desenvolvido entre elas. E poderá ele ocorrer ou não, pois a mediação também visa preservar a relação entre as partes, independentemente de se chegar ou não a uma solução para a lide existente entre elas.

No caso da arbitragem, a busca da solução do litígio é feita por intervenção de um terceiro estranho à lide, o árbitro ou os árbitros, não pertencente aos quadros do Poder Judiciário, escolhido livremente pelas partes capazes de contratar, a cuja decisão, que visa dirimir sob as formalidades da lei e do contrato os conflitos entre as partes, se submete os contendores, culminando na solução da demanda.

Destarte, a mediação é a forma de resolução alternativa indicada para conflitos entre pessoas que tenham uma relação que se perpetua no tempo, como nas relações familiares ou mesmo negociais.

¹⁵TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Op. Cit., p. 43.

¹⁶Ibidem, p. 43.

4 MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A fragilizada jurisdição estatal, enraizada numa matriz racionalista desencadeada com o surgimento do Estado liberal, que lhe serviu de pilar, prestava-se à delicada e limitada função de aplicar a lei ao caso concreto, cujo resultado estaria revestido de uma incontestada absoluta verdade.

A jurisdição no Estado liberal preocupava-se em resolver os conflitos individuais de direito e a manutenção do próprio liberalismo, enfim, a conservação de tudo o que havia sido conquistado pela burguesia.¹⁷

Neste cenário, não havia espaço para ameaçadoras interpretações judiciais. Optou-se naturalmente por engessar a atividade jurisdicional que passou a ser tratada pelo Poder Judiciário, na posição de Chiovenda, como uma mera atividade reveladora das vontades da lei. Essa ideia levou o processo civil a assumir uma estética cada vez mais preocupada com a demonstração do que com a compreensão, pois o sentido da lei já estava determinado pelo legislador.¹⁸

O modelo de jurisdição liberal se alimentou nas fontes antigas, próxima à *jurisdictio justinianeae* que já desenhava um modelo jurisdicional alicerçado na mera declaração da vontade legislativa. Iniciava-se uma tradição jurisdicional assentada na ordinaryness do processo civil, numa cognição cujo sentido seria desvelar os fatos, ou pensar que os fatos são desvelados, para atingir o justo, numa missão burocratizada, que só se alcança após ser percorrido o caminho do processo.

A Mediação sempre esteve presente em quase todas as culturas do mundo. A mediação apresenta um condão subjetivo, de outorgar às partes a possibilidade de tratar um problema e chegarem juntas a uma solução, facilitando, por conseguinte, até mesmo seu cumprimento.

A mediação e a conciliação têm recebido grande atenção do legislador para contribuir na democratização do processo. Além da Resolução 125/2010 do CNJ e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), o novo Código de Processo Civil não deixou de considerar estas espécies de resolução de conflitos, colocados entre os arts. 165 e 175 do CPC. Assim como na resolução 125/2010 do CNJ, o CPC contempla apenas a mediação e a conciliação realizadas no âmbito do Poder Judiciário.

¹⁷MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁸PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa Op. Cit., p. 115.

Ao contrário do texto do CPC de 1973, a previsão legislativa do novo CPC é pródiga quando trata dos institutos de resolução alternativa dos conflitos, notadamente – e no que nos interessa – pertinente à conciliação e à mediação. Fato é que a novel legislação visa a estimular a autocomposição, estabelecendo os seus princípios de forma objetiva, consoante o texto do seu art. 166:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.¹⁹

Importante referir o texto do Parecer 956/14 do Senador Vital do Rêgo, Relator do Projeto do NCPC em sua fase final de aprovação no Senado Federal, ao asseverar que:

A doutrina terá liberdade para, sob as luzes da Carta Magna e da legislação, desenvolver teoricamente outros princípios elucidativos da atividade de mediação e conciliação. É o caso, por exemplo, do próprio princípio da normalização do conflito, também batizado como princípio pax est querenda, que é um importante norte aos trabalhos de autocomposição, por exigir que o conciliador adote uma postura que tranquilize os envolvidos, numa demonstração de que a ocorrência de conflitos em sociedade é algo natural, normal e comum, assim como deve ser natural, normal e comum a busca por uma solução.²⁰

O novo CPC dispõe claramente acerca da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, nos precisos termos do art. 165, caput, in verbis:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.²¹

¹⁹TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Op. Cit., p. 53.

²⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

²¹TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Op. Cit., p. 53.

Já nos §§ 2º e 3º do mencionado dispositivo legal, houve a diferenciação entre os dois institutos – mediação e conciliação –, ao dispor acerca dos respectivos profissionais que desempenharão os papéis:

§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.²²

Em relação à inserção pelo novo CPC desses novos auxiliares da justiça – conciliador e mediador – trata-se de grande inovação, pois o CPC de 1973 não os inclui na categoria, incumbindo ao juiz do feito a tentativa de conciliação dos litigantes.

O novo CPC/2015 trouxe importantes inovações para a legislação brasileira e uma valorização do trabalho de Mediação. Acrescentou o mediador no rol dos profissionais auxiliares da Justiça e regulamentou sua atuação no âmbito processual.

A atual legislação processual expressa sua preocupação com as formas consensuais de solução de conflitos, equiparando o mediador aos demais auxiliares da justiça (art.149), e o fomento à arbitragem, conciliação e mediação na forma da lei, já no art. 3º § 3º, a saber:

Art. 3º – novo CPC/2015. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.²³

Para que haja um estímulo às formas consensuais de conflitos, deve existir uma estrutura organizada e um procedimento definido e inteligente para viabilizar sua aplicabilidade.

Conforme o Art. 165,

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.²⁴

²²MARTINS, Renan Buhnemann. *Conciliação e mediação na ótica do novo CPC*. Disponível em: <https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 30 maio 2021.

²³SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69.

²⁴BRASIL, República Federativa do. Op. Cit., p. 145.

O mediador, descrito no § 3º do art.165 – novo CPC/2015 –, atuará de preferência nos casos onde existir um vínculo anterior entre as partes (ex.: ex-casais), escutando com atenção, interrogando para saber mais, e resumindo o que entendeu para esclarecer pontos importantes do conflito.

Em princípio, nada impede que a lei condicione o ingresso em juízo à tentativa de conciliação ou mediação das partes, mesmo porque essa atividade de jurisdição voluntária, inserida no contexto do procedimento contencioso, tem tudo para conseguir abortar o conflito, quando conduzida por conciliadores ou mediadores vocacionados para essa função.

Não diz o novo Código se a conciliação e a mediação devem ter lugar como fase preliminar de um processo contencioso, a exemplo do que acontece nos juizados especiais, ou se terá o perfil das conciliações prévias na justiça do trabalho, como condição de procedibilidade.²⁵

Embora a doutrina tenha se esforçado para delimitar a atividade conciliatória da atividade mediatória, é tão tênue a diferença entre ambas que apenas mediante uma imposição legal foi possível distingui-las, separando uma da outra.

O conciliador atua preferencialmente nos casos em que não “houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação”²⁶ para que as partes se conciliem.

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios “da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.²⁷

O princípio da independência significa que o conciliador ou o mediador deve postar-se equidistante do litígio, mas não das partes, porque precisará estar próximo delas para ajudar na resolução do conflito, cumprindo-lhe ouvi-las de forma igualitária, sem expender qualquer impressão sobre o litígio em que se envolvem.

O princípio da imparcialidade significa que o conciliador ou o mediador não deve tomar partido no conflito das partes, que, para elas próprias tem importância inversa, ou seja, cada uma considera a sua pretensão mais justa do que a da outra; mas não deve o juiz manter-se formalmente neutro em relação às partes, porque do contrário a sua interferência não seria necessária.

²⁵ALVIM, J. E. Carreira. *Manual de Processo Civil*. 3 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2018, p. 309.

²⁶BRASIL, República Federativa do. Op. Cit., p. 145.

²⁷ALVIM, J. E. Carreira. Op. Cit., p. 311.

O princípio da autonomia da vontade significa que não deve o conciliador ou o mediador inibir as partes de se manifestarem de acordo com a sua vontade real, a fim de que cheguem a um resultado autocompositivo também real. Segundo este princípio, deve ser reconhecido a ambas as partes a liberdade de iniciativa no que toca a soluções que considerem mais adequadas para compor o conflito entre elas.²⁸

O princípio da confidencialidade significa que deve o conciliador ou o mediador manter em sigilo tudo o que acontecer durante o procedimento, não devendo cometer nenhuma inconfidência sobre a conduta das partes e o resultado a que chegaram. O princípio da oralidade significa que o procedimento da conciliação ou da mediação é baseado na palavra verbal, só vindo a ser registrado o acordo a que chegarem as partes, pondo fim ao conflito; mas, apesar da oralidade, os atos devem ser praticados com precisão, com clareza e com simplicidade, de forma que ambas as partes compreendam exatamente o alcance daquilo que estão de comum acordo resolvendo.

O princípio da informalidade significa que a conciliação ou mediação não obedece a nenhum rito preestabelecido, cabendo ao conciliador ou ao mediador conduzi-la de forma a produzir os melhores, sem restringir a manifestação das partes.

O princípio da decisão informada significa que os litigantes têm o direito de receber informações quantitativas e qualitativas sobre os acordos que estão sendo por eles celebrados, evitando que sejam surpreendidos por consequências inesperadas que possam resultar desses acordos. Tais princípios se impõem não apenas ao conciliador e ao mediador, mas a todos os que participarem do procedimento, especialmente aqueles que integrarem as equipes de conciliação ou de mediação.

4.1 MEDIAÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o advento da Lei 13.140/2015, sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública –o seu art. 2º consagrou alguns dos princípios previstos pelo art. 166 – imparcialidade do mediador, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes e confidencialidade –, deixando de aludir a outros, como a independência e a decisão informada, e contemplando alguns não referidos pelo novo Código, como a isonomia entre as partes, a busca de consenso e a boa-fé; mas esse

²⁸ALVIM, J. E. Carreira. Op. Cit., p. 311.

desencontro entre os dois textos legais não impede que se apliquem à mediação tanto os princípios mediadores (ou mediativos) previstos pelo novo Código quanto os versados pela referida lei.²⁹

O princípio da isonomia entre as partes, versado na Lei 13.140/2015 (art. 2º, II), tem raízes aristotélicas, identificando-se com o princípio da igualdade, que importa em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam; o que faz com que esse princípio adquira um conteúdo material, real ou substancial, significando que, no embate entre as partes, deve-se “dar uma espada mais longa para quem tem braço mais curto”. Em termos mais singelos, significa que “as partes têm direitos e deveres iguais”.³⁰

O princípio da busca de consenso, na mediação, significa que os mediadores as partes devem buscar sempre o acordo (ou concordância), evitando, ao máximo, posicionamento que possa derivar em conflito. O princípio da boa-fé, na mediação, significa tanto a boa-fé objetiva quanto a boa-fé subjetiva.

4.2 CRÍTICAS AO PROCEDIMENTO

Apesar da liberdade no procedimento de mediação não ser total, seguramente é mais flexível do que o procedimento jurídico, mas não é por isso totalmente informal, tampouco de segunda classe. A simplificação dos processos aproxima a prática da vida cotidiana, eliminando protocolos em que os aspectos materiais são sacrificados em face dos aspectos formais, ou melhor, em que a solução socialmente evidente e justa é abandonada por razões formais.

O protocolo que a mediação deve seguir (por isso não é totalmente livre) consiste na necessidade da reunião de todos os sujeitos envolvidos, para que o importante contato pessoal aconteça e a comunicação sobre as pretensões antagônicas possa fluir sob os auspícios de um facilitador.³¹

Um ponto importante, porém, pouco explorado pelo novo CPC/2015, se refere à remuneração do mediador. O art. 169 até prevê a remuneração, mas não determina valores ou porcentagens, deixando a cargo das tabelas dos Tribunais de Justiça, conforme parâmetros do CNJ, salvo se o profissional aceitar o encargo voluntariamente conforme se observa:

²⁹ALVIM, J. E. Carreira. Op. Cit., p. 310.

³⁰Ibidem, p. 310.

³¹PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Op. Cit., p. 502.

Art. 169 – novo CPC/2015. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. § 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.³²

Ocorre, porém, que nos casos de mediações privadas surgem alguns questionamentos importantes: se a responsabilidade é das partes, qual delas deve arcar? Ou deve ser rateado? Se parte havia se posicionado contra a mediação inicialmente, ela deve pagar mesmo assim? Pode ser considerado um adiantamento a ser cobrado da parte sucumbente, ou não se relaciona com as verbas sucumbenciais?

O ônus de adiantar é da parte que não se opõe à realização da mediação, e que esse valor deve fazer parte das verbas de sucumbência, devendo ser pago pela parte que sair derrotada na ação judicial; se não houver esse adiantamento, o juiz deverá prosseguir com o processo sem a realização da audiência de mediação.

Todavia, por que a mediação constantemente torna-se alvo de críticas e ainda se pode apontar vários pontos de aversão ao seu uso? Alguns motivos podem ser elencados: a) a falta de uma disciplina legal que a regule e a sistematize em alguns países, aliada à percepção de que sempre poderá haver alguma forma de recurso ao Poder Judiciário, mesmo após a celebração do acordo, para rediscutir a questão perante um juiz ou para desconstituí-lo (desde que não existam motivos para a sua anulação judicial); b) a desinformação sobre o procedimento que apesar de existir desde os primórdios da civilização, apenas nos últimos trinta anos a mediação se expandiu exponencialmente no mundo, ganhando espaço e tornando-se conhecida.³³

A falta de conhecimento sobre o cabimento da mediação, seus limites e consequências jurídicas, dificultam na sua procura como método adicional para a solução de conflitos; c) a ausência da figura de um juiz que se choca com a compreensão coletivo de identificação da figura de sua autoridade como o único capaz de solucionar o conflito, reservando certa desconfiança para as figuras do mediador, conciliador e demais atores que podem auxiliar ou também decidir, como na arbitragem, um conflito; d) a ideia de insegurança dos meios coercitivos fazendo com que os interessados venham pensar se deverão seguir ao Poder Judiciário para dar cumprimento ao acordo caso o outro o inadimpla,

³²SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. Cit., p. 74.

³³Ibidem, p. 502.

fazendo com que venha ajuizar ser mais benéfico então que tudo seja querelado diante do juiz; e) outras barreiras podem ser identificadas, tais como: o desejo dos próprios litigantes de maximizar seus ganhos e minimizar os benefícios do outro; o uso de prepostos para negociar em nome do titular do direito e uma importante barreira cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.³⁴

A falta de legislação específica que acaba causando uma falta de previsibilidade ao procedimento da mediação é a questão que torna mais problemática sua aceitação. Porém, esse sentimento não encontra voz uníssona, já que, por outro lado, a jurisdificação da mediação poderia ocasionar a perda do seu caráter não decisionista no tratamento dos conflitos, possivelmente desnaturando a sua essência, descaracterizando sua identidade, fazendo-a parecer cada vez mais com a adjudicação ou reduzi-la a um mero instrumento a serviço de um sistema judiciário em crise.

Certamente a falta de previsibilidade no processo de construção de um acordo é tida como a maior desvantagem da mediação, uma vez que, a falta de uma norma retira o ponto focal em torno do qual gravitam as pretensões das partes em litígio, permitindo ampliar o conjunto de possíveis tratamentos do conflito e conseqüentemente, o afastamento entre as pretensões de cada parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a sociedade brasileira possui uma mentalidade positivista dos aplicadores de direito de entregar ao Estado-juiz todas as pretensões requeridas, não se atinando ao benefício das partes e a estagnação vivida pelo judiciário. O que ocorre, portanto, atualmente, é a omissão dos aplicadores do direito quanto a possibilidade da composição da lide sem que se faça necessária a imposição do Estado à uma das partes, através dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Tal fato tem nascedouro desde a formação acadêmica até a vivência profissional, haja vista que de regra, as faculdades formam seus bacharéis para que sejam aplicadores do direito arraigados à existência de uma lide processual, não estimulando e orientando seus alunos a focarem-se na solução do conflito, objetivando sempre a forma mais eficiente e rápida, prova disso é que dificilmente vê-se qualquer disciplina voltada a esse propósito e

³⁴PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Op. Cit., p. 503.

mesmo nos laboratórios de prática jurídica a formação é voltada ao acompanhamento processual, formando, por vezes, bacharéis que ignoram a possibilidade abordada.

O novo Código de Processo Civil chegou com um grande desafio: a árdua tarefa de buscar a efetividade do processo civil sob a ótica do cidadão. Buscar o máximo de resultado normativo em harmonia com a nossa Constituição. De há muito, no entanto, a singela Lei 9.099/95, já propugnava essa ótica utilitarista do processo. Assim, não poderíamos dizer que o novo CPC inaugura um novo modelo.

Na verdade, o regramento recebe, em certa medida, sua inspiração da Lei Especial 9.099/95 que demonstrou seu êxito, ao viabilizar o acesso à justiça, conciliando princípios que, aparentemente se chocam, como o da celeridade e o da ampla defesa.

O novo CPC estimula a resolução dos conflitos por meio da conciliação ou da mediação, o que se apresenta de forma extremamente positiva. Portanto, é inegável que a redação do novo texto legal coloca à disposição dos operadores do direito a possibilidade da utilização de meios alternativos na solução dos conflitos, inclusive na esfera privada, modo a impedir de que o sistema tradicional, de imposição estatal e cuja satisfatividade pelas partes nem sempre alcança o seu desiderato, perca espaço frente a um novo conceito em que as partes, de forma colaborativa, atuem em prol do encerramento do litígio.

Em conclusão, avalia-se que as alterações propostas pelo novo CPC têm o condão de, efetivamente, coadunar-se com a ideia mundial hodiernamente existente, referente à autocomposição dos litígios, viabilizando da maneira mais abrangente possível a utilização da conciliação e da mediação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Manual de Processo Civil*. 3 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem*. Alternativas à jurisdição. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹BRASIL, República Federativa do. Conselho Nacional de Justiça. *Movimento pela conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/265-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/movimento-pela-conciliacao>. Acesso em: 30 maio 2021.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18756/marcelo_cabral.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Renan Buhnemann. *Conciliação e mediação na ótica do novo CPC*. Disponível em: <https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 30 maio 2021.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Mediação nas Comunidades e nas Instituições*. – Niterói: PPGSD - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC e a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada*. Curitiba: Juruá, 2011.

TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Procedimento Comum - Da Petição Inicial à Sentença - À Luz do Novo Código de Processo Civil - Coleção Inovações no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015.

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